المبادئ القانونية العامة

الدكتور
أنور سلطان
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية



٢٠٠٥



٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية

المبادئ القانونية العامة

الدكتور
أنور سلطان
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

٢٠٠٥

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة - الاسكندرية ت: ٤٨٦٨٠٩٩

بسم الله الرحمن الرحيم

تنـــويــــه

سنلتزم فى دراستنا للمبادئ القانونية العامة التى يتعين على المهتم بالقانون الإلمام بها التبسيط ما أمكن، والوقوف عند المبادئ الأساسية، دون الدخول فى التفصيلات الفرعية أو استعراض أوجه الخلافات النظرية أو التعرض للمدارس الفقهية التى لا يستلزمها التكوين العلمى للطالب.

بل سنحرص على الايجاز مع الإيضاح حتى لا تضيع الأصول الأساسية فى خضم التفصيلات الجانبية.

والله الموفق

خطة البحث

١- سنتناول فى هذه الدراسة الخاصة بمبادئ القانون لطلبة كلية التجارة البحث فى الموضوعات الآتية:

أولاً - القانون

ثانياً - الحق

ثالثاً - مبادئ نظرية الالتزام

وسنقتصر فيها على دراسة القواعد التى تحكم العقد وهو أهم المصادر الارادية للالتزام، ثم نتبع ذلك بعرض لبعض أحكام الالتزام.

القِســـمُ الأول

القــانون

مقدمة

١- ضرورة القانون للجماعة:

الانسان كائن اجتماعى بطبعه، أى أنه بحكم غريزته فى المحافظة على كيانه من القوى الخارجية التى تهدده فى نفسه وفى عيشه، ورغبة منه فى إشباع حاجياته التى لا يستطيع تأمينها بجهده الفردى مهما عظم، كان مضطراً منذ القدم إلى العيش فى جماعة، أيا كان حجم هذه الجماعة أو الإسم الذى يطلق عليها، عائلة، قبيلة، مدينة، دولة.

غير أن العيش فى جماعة لا يمكن أن يترك فيه الحبل على الغارب وإلا لعمت الفوضى وساد «حكم الغاب» وأصبحت الغلبة للقوى. وبعبارة أخرى إن الحياة فى جماعة لابد من أن تقوم على نظام يوجه نشاط الافراد ويوفق بين مصالحهم المتضاربة، وهذا النظام لا يستقيم ولا يقوم إلا بتنازل كل فرد عن جانب من حريته حتى تتم كفالة الحرية للجميع

على نحو يؤمن لكل شخص الطمأنينة على نفسه وعرضه وماله ونشاطه ومصالحه المشروعة.

هذا النظام يستدعى عقلا وبالضرورة وجود قواعد سلوك يستهدى بها الأفراد فى تصرفاتهم ومعاملاتهم، قواعد يشعر كل فرد بوجوب إحترامها وعدم الخروج على أحكامها وإلا تعرض لجزاء توقعه عليه سلطة عامة تمثل الجماعة وتستطيع بمالها من قوة - لا قبل للفرد على مغالبتها - على حمله على اتباعها والعمل بمقتضاها.

حقيقة أن الكثير من الافراد يقبلون على إحترام هذه القواعد إيمانا منهم بضرورة ذلك لإستقرار النظام والأمن فى الجماعة، ولكن مهما تسامى هذا الشعور فهناك دائما قلة من الأفراد قد تخرج على هذه القواعد حتى تردها السلطة العامة والجزاء الذى تملك توقيعه إلى سواء السبيل.

هذه القواعد التى تحكم النظام فى الجماعة هى القانون، أى أن القانون هو مجموعة القواعد المنظمة للروابط الاجتماعية، والتى تحمل السلطة العامة فى المجتمع الأفراد على إحترامها ولو بالقوة عند الضرورة.

هذه القواعد القانونية هى التى تبين لكل فرد من أفراد المجتمع ما له من حقوق وما عليه من واجبات، ذلك أن كل حق يقابله واجب، حتى أنه يمكن القول أن كلا من الحق والواجب وجهان لعملة واحدة أو بتعبير أصح لعلاقة قانونية واحدة.

والواجب قد يكون واجبا خاصا وقد يكون واجبا عاما. فإذا تعاقد صاحب مصنع مع مهندس على العمل عنده، كان هناك واجب خاص على كل طرف من طرفى هذه العلاقة القانونية باحترام العقد المبرم بينهما، فإذا أخل احدهما بهذا العقد شغلت مسؤوليته قبل الطرف الآخر. وبجانب

هذا الواجب الخاص يوجد واجب عام مفروض على الكافة، أى على الجميع بالامتناع عن تحريض أحد طرفى العلاقة القانونية على الاخلال بواجباته التى فرضها عليه العقد، فان خالف أحد من الكافة هذا الواجب العام شغلت مسؤولية كذلك قبل تضرر من ذلك.

٢- منهج الدراسة:

تتطلب دراسة نظرية القانون البحث فى الموضوعات الآتية:

أولا - التعريف بالقانون وخصائصه وأقسامه، وهو ما يستدعى البحث فى الروابط القانونية التى تنشأ بين الأشخاص مع التعرض لفروع القانون من ناحية، ولأنواع القاعدة القانونية من حيث قوة الالزام من ناحية أخرى.

ثانياً - تكوين القاعدة القانونية ومصادرها، وهو ما يتطلب الكلام فى المصادر الرسمية والاحتياطية للقانون، ثم فى المصادر التفسيرية له.

ثالثاً - تطبيق القانون، وهو ما يستلزم بحث سريان القاعدة القانونية فى المكان والزمان من ناحية، وفى تفسير هذه القاعدة من ناحية أخرى.

البـــاب الأول

التعريف بالقانون وخصائصه وأقسامه

٢- تقسيم :

ظاهر من عنوان هذا الباب أننا سنتناول فى بحثه التعريف بالقانون مع تحليل لهذا التعريف، ثم نعقب ذلك بيان الخصائص المميزة للقانون أو للقاعدة القانونية مع التعرض بطبيعة الحال لصلة القانون بإعتباره علما إجتماعيا ببعض علوم الإجتماع، وأخيراً نبحث فى فروع القانون وأقسام القاعدة القانونية.

الفصل الأول

التعريف بالقانون

٤- المعاني المتعددة لاصطلاح القانون :

لإصطلاح القانون أكثر من معنى أو من مدلول، فقد يقصد بكلمة القانون أو بكلمة القاعدة، الاشارة إلى العلاقة التى تحكم بعض الظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية الأرضية، أو قانون غليان الماء إذا وصلت درجة حرارته إلى المائة. والقاعدة التى يتضمنها القانون هنا تعتبره قاعدة تقريرية، لأنها مقررة لواقع يتحقق دواما اذا توافرت أسبابه دون أن يرد عليه أى إستثناء.

وقد يقصد بكلمة القانون قواعد السلوك التى يتعين على الأفراد إحترامها حتى يستقيم النظام فى المجتمع. والقاعدة التى يحتويها القانون هنا تعتبر قاعدة تقويمية، لأنها تخاطب الأفراد وتطلب منهم إتباع مسلك معين وإلا تعرضوا للجزاء، وهو ما قد يحدث وقد لا يحدث، فالشخص مثلا يطالب بألا يرتكب خطأ يسبب ضرراً للغير، وهو ما يستجيب إليه الناس فى مجموعهم، إلا أنه قد يحدث أن يخرج البعض على هذه القاعدة فيحق عليه الجزاء[١].

(١) راجع فى شأن التفرقة بين القواعد التقريرية، والقواعد التقويمية، حسن كيرة، مبادئ القانون المدنى طبعة ١٩٦٨ بند ٧.

والقانون بهذا المعنى الأخير هو بطبيعة الحال موضوع دراستنا.

٥- تعريف القانون:

يقصد بإصطلاح القانون مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد فى المجتمع والتى تحملهم السلطة العامة فيه على إحترامها ولو بالقوة عند الضرورة. وهذا هو المعنى العام المقصود بكلمة القانون(١).

غير أن إصطلاح القانون قد لا ينصرف إلى هذا المعنى العام، بل قد يقصد به معنا خاصا، بأن يراد به مجموعة القواعد التى تضعها السلطة التشريعية فى الدولة لتنظيم أمر ما، فيقال قانون المحاماة أو قانون الإصلاح الزراعى أو قانون تنظيم الجامعات ... الخ.

وقد يقصد بكلمة القانون الإشارة إلى فرع معين من فروع القانون، فيقال القانون المدنى، والقانون التجارى، وقانون العمل ... الخ.

والقانون بالمعنى العام هو القانون المطبق فى بلد معين فى زمن معين هو محور دراستنا، ويطلق على القانون فى هذه الحالة إسم القانون الوضعى Droit Positif، فيقال مثلا القانون الوضعى المصرى للدلالة على القانون المطبق فعلا فى مصر فى الوقت الحاضر أو القانون الوضعى اللبنانى أو القانون الوضعى السورى...الخ للدلاله على القانون المطبق فى أى من هاتين الدولتين فى الوقت الحاضر.

---

(١) تتعدد تعاريف القانون تعدداً يصعب حصره نتيجة لعدم اتفاق الفقهاء على الغاية التى يهدف اليها المعرف من تعريفه.

راجع فى هذا الشأن: Du Dasquier (Elaude): Introductionà la Théorie. génerale et à la philsophie dn droit, 3 eme édit. nos 305 et Haesaert (Y). Ihéorie génerale de droit (1948) P. 69.

٦- تحليل القاعدة:

تنقسم القاعدة إلى طائفتين: الاولى هى طائفة القواعد التقريرية أى التى تقرر ما هو واقع فعلا على وجه الإستمرار والإستقرار دون أن يأتيه أى إستثناء، ويدخل فى هذه الطائفة القوانين التى تحكم الظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية الأرضية وقانون غليان الماء إذا تم تسخينه إلى درجة المائة .. الخ كما سبق أن ذكرنا.

والثانية هى طائفة القواعد التقويمية أى التى تبين ما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد فى حالة حدوث ظاهرة معينة(١)، كالقاعدة التى تقرر أنه إذا إستأجر شخص عينا فعليه دفع الأجرة إلى المؤجر، والقاعدة التى تقرر أنه لا يجوز الإعتداء على ملكية الغير، مثل هذه القواعد لا توضح ما يحدث عملاً بل ما يتعين أن يحدث، لأنه كثيراً ما يقع أن يمتنع المستأجر عن دفع الإيجار، أو أن يتعدى شخص على ملك غيره بالسرقة أو الإتلاف.

وإذا تمعنا فى هاتين الطائفتين من القواعد وجدنا أنه فى القواعد التقريرية يخضع القانون لحكم الواقع، على حين أنه فى القواعد التقويمية يخضع سلوك الأفراد لحكم القانون وليس العكس.

والقاعدة من الممكن تحليلها إلى عنصرين، أولهما هو الفرض وثانيهما هو الحكم.

والغرض هو الظاهرة التى إذا تحققت تعين إعمال الظاهرة الثانية وهى الحكم وعادة يبدأ الغرض بأداة الشرط «اذا» ويبدأ جواب الشرط بلفظ «وجب» من ذلك جاء فى المادة ١/٤٢٠ من التقنين المدنى

---

(١) حسن كيرة، مبادئ القانون سنة ١٩٦٨ بند ٧.

المصرى من أنه «اذا كان البيع بالعينة، وجب ان يكون المبيع مطابقا لها»

وقد يبدأ جواب الشرط بلفظ «جاز» فى حالة التخيير بين أمرين مع وجوب أحدهما، من ذلك ما ورد فى المادة ٤٣٨ مدنى من أنه «اذا تقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشترى اما أن يطلب فسخ البيع، وإما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن».

غير أن الإسلوب السابق ليس هو الإسلوب الوحيد الذى يلجأ إليه الشارع فى التعبير عن القواعد القانونية، بل أن هناك أساليب متعددة ومتباينة تفيد جميعها نفس المعنى، من ذلك ما جاء فى المادة ٤٢٨ مدنى من أنه «يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى، وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل هذا الحق مستحيلا أو عسيراً». فهذه المادة تعنى أنه إذا باع شخص لآخر شيئاً تعين على البائع أن يقوم بالإجراءات الضرورية لنقل الحق كفرز المبيع المعين بالنوع مثلاً، وأن يمتنع عن أى عمل يجعل نقل هذا الحق مستحيلاً أو عسيراً، كأن يتصرف بالبيع فى نفس المبيع لشخص آخر بفضل المشترى لسبب ما كالتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية.

أما الحكم فهو الظاهرة أو الأثر الذى يتعين وفقاً للقانون إعماله إذا تحقق الفرض.

ويمكن حصر أحكام القانون فى طائفتين: الأولى أحكام مقصودة لذاتها، والثانية أحكام غير مقصودة لذاتها.

والأحكام المقصودة لذاتها توجب القيام بعمل كالقاعدة

التى توجب على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة (م ٥٦٧ مدنى) .

أو توجب الإمتناع عن عمل كما فى جميع القواعد القانونية التى تحرم إرتكاب الجرائم. أو تبيح للأشخاص مسلكاً معيناً كما هو الشأن فى القواعد المقررة للحريات العامة كحرية العقيدة أو الإجتماع أو التنقل.

أما الأحكام غير المقصودة لذاتها فيكون المقصود منها تيسير التعبير عن قاعدة أخرى، من ذلك ما تقرره الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من التقنين المدنى من أن كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً التمييز، فالحكم المنصوص عليه فى هذه المادة وهو وجوب إعتبار كل من لم يبلغ السابعة فاقداً للتمييز، قصد به تحديد وضبط معنى هذا الإصطلاح الذى يلجأ إليه الشارع فى قواعد أخرى، ويرتب عليه أحكاماً معينة.

٧- خصائص القانون:

إذا إسترجعنا تعريف القانون الذى سبق لنا ذكره، وهو مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد فى المجتمع، والتى تحملهم السلطة العامة فيه على إحترامها ولو بالقوة عند الضرورة لوجدنا أن للقانون الخصائص الآتية:

أولاً – أن القانون مجموعة قواعد اجتماعية.

ثانياً – أن القانون مجموعة قواعد سلوك.

ثالثاً – أن القانون مجموعة قواعد عامة مجردة.

رابعا – أن القانون مجموعة قواعد ملزمة.

وسنبحث فيما يلى فى كل خصيصة من هذه الخصائص.

٨- الخصيصة الاولي - القانون مجموعة قواعد إجتماعية:

القانون لا يعنى بالإنسان المنفرد، لأن الإنسان المنفرد «كرينسون كروزو» لا وجود له إلا فى مخيلة الكتاب والفلاسفة، ولو فرض ووجد بالفعل، فانه لا تربطه بغيره روابط إجتماعية حتى يتدخل القانون لتنظيمها.

فالقانون ما نشأت فكرته وما جد إلا لتنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض بإعتبارهم أعضاء فى جماعة واحدة، فيقوم أى القانون، بالحد من حرياتهم وإزالة ما بينها من تعارض، والتوفيق بين مصالحهم ورفع ما بينها من تضارب، وتنظيم أعمالهم والروابط التى تنشأ بينهم بحكم الإتصال وتبادل المنافع، على أساس يتحقق به التناسق الإجتماعى.

والقانون بهذا الوصف يعتبر أسبق تاريخياً فى نشأته من نشأة الدولة، إذ عرفته الجماعات البدائية الاولى، عرفته القبيلة ثم الإقطاعية ثم الدولة.

والقانون بإعتباره مجموعة قواعد إجتماعية يختلف من دولة إلى دولة كما يختلف فى نفس الدولة من عصر إلى عصر، فتعدد الزوجات مثلاً مباح فى بعض الدول ومحرم فى دول اخرى، وبيع الوفاء وهو البيع الذى يحتفظ فيه البائع عند البيع بحق إسترداد المبيع خلال مدة معينة كان صحيحاً فى التقنين المدنى المصرى السابق، على حين يعتبر باطلاً فى التقنين المدنى المصرى الحالى، لأنه عادة وسيلة ملتوية من وسائل الضمان، تبدأ ستاراً لرهن وينتهى الرهن إلى تجريد البائع من ملكة بثمن بخس (٤٦٥ مدنى) أى أن القانون ليس جامداً بل يتطور بتطور الجماعة حتى يستجيب دائما إلى حاجياتها وإلى مقتضى الزمن الذى تعيش فيه.

والقانون فى تنظيمه لأعمال الناس وعلاقاتهم لا يتناول منها إلا قدراً

معينا، فهو لا يتعرض لواجب الإنسان نحو ربه أى علاقته بخالقه، ولا لواجبه نحو نفسه، كذلك لا يتعرض لبعض واجبات الإنسان نحو الغير، بل يترك الإهتمام بها وتنظيمها إلى الدين والأخلاق. أى أن القانون لا ينفرد بتنظيم علاقات الناس فى المجتمع، بل تشاركه فى ذلك قواعد الدين وقواعد الأخلاق.

٩- الخصيصة الثانية - القانون مجموعة قواعد سلوك:

إن القانون بإطراد تطبيقه على نفس الأشخاص وعلى ما يقوم بينهم من روابط إجتماعية متكررة، يخلق نظاما متناسقاً لا يعتريه خلل ولا يتطرق إليه فساد. هذا النظام، هو الجامع بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية كقانون الجاذبية. ولو أن الفارق بينهما أن الأولى أى القواعد القانونية قطاع عن شعور وإرادة، بينما الثانية تطيعها الظواهر الطبيعية لا عن شعور ولا عن إرادة، ولا تملك إلا إطاعتها.

والقانون بهذا الوصف يعتبر قاعدة سلوك، فهو ينظم سلوك الأفراد حكاما كانوا أم محكومين بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر.

بطريق مباشر عن طريق النهى عن أمر كالنهى عن الإضرار بالغير (م ١٢٢ موجبات و١٦٣ مدنى) أو إباحة أمر كإباحة التعامل فى الأشياء المستقبلة إلا ما إستثنى منها (م١٨٨ موجبات و ١٣١ مدنى)، أو التكليف بأمر كالقوانين الخاصة بدفع الضرائب.

بطريق غير مباشر عن طريق الإكتفاء بتقرير أوضاع أو مراكز قانونية دون النهى عن مسلك أو الأمر بعمل أو بالإمتناع عنه، من ذلك القواعد التى تحدد بعض المعانى القانونية أى التى تتضمن تعريفات، أو

القواعد التى تنظم جهات الإدارة أو المحاكم وتحدد إختصاصاتها، ولكن مثل هذه القواعد وإن كانت لا تتناول تنظيما مباشراً لسلوك الأفراد، إلا أنها تنظمه بطريق غير مباشر، فالقاعدة التى تحدد اختصاص محكمة معينة بنظر نوع معين من المنازعات أو القضايا، تتضمن فى الواقع أمراً إلى ذوى الشأن فى مثل هذه القضايا بالإلتجاء إلى هذه المحكمة فى منازعاتهم، وأمرا إلى القاضى بنظر هذه المنازعات دون سواها.

١٠ - الخصيصة الثالثة - ان القانون مجموعة قواعد مجردة وعامة:

من خصائص القاعدة القانونية أنها مجردة وعامة، ويقصد بالتجريد أن الفرض وهو الذى ينصرف إليه الحكم لا يتخصص بشخص أو بأشخاص معينين بذواتهم، ولا بواقعة أو بوقائع معينة بذاتها، بل تنطبق القاعدة على كل شخص توافرت فيه صفات معينة، وعلى كل علاقة إستكملت شروطاً معينة، وبذلك تتحقق الخصيصة الأخرى للقاعدة وهى عموم التطبيق، بمعنى أن الحكم ينطبق على كل من يتوافر فيه الوصف المذكور فى الفرض سواء كان شخصا أو واقعة.

ولكن لا يشترط لتوافر صفة العمومية إنطباق القاعدة القانونية على جميع أفراد المجتمع، إذ قد يقتصر تطبيقها على طائفة أو على فريق منه توافرت فيه صفات معينة.

فالقانون التجارى يقتصر على تنظيم العلاقات بين التجار، بينما القانون المدنى ينصرف إلى جميع أفراد المجتمع، وهذا لا يمنع من الاعتراف بصفة التجريد والعمومية للقانون التجارى. بل إن من القوانين ما ينطبق على فرد واحد، مادام هذا الفرد منظورا إليه بصفته لا بذاته كالقانون المنظم لسلطات رئيس الدولة.

وعلى هذا النحو إذا كانت القواعد المنظمة لإكتساب الجنسية أو لإسقاطها تعتبر قواعد قانونية، لأنها قواعد مجردة وعامة، فإن القرار الصادر بمنح الجنسية لشخص أو بتجريده منها لا يعتبر قانوناً لأنه موجه إلى شخص معين بالذات.

والتجريد والعمومية فى القاعدة القانونية لا يقتصر على من تتوجه إليهم بخطابها من الاشخاص، بل إن لهذه الخصيصة وجهة أخرى تتعلق بموضوع القاعدة. فالقاعدة القانونية مجردة وعامة بمعنى انها تنصرف إلى عدد غير محدد من العلاقات المتماثلة التى تتوافر فيها شروط معينة، كالقواعد الخاصة بالبيع أو الايجار أو الهبة، اذ كل بيع أو ايجار أو هبة توافر فيه الشروط القانونية، تطبق عليه احكام هذه القواعد ويرتب الآثار التى تقررها كالأثر الخاص بنقل الملكية أو ضمان التعرض أو الاستحقاق فى عقد البيع.

وبناء على ما سبق لا يعتبر قانونا الأمر أو القرار الخاص بعلاقة أو بعمل معين بالذات، كالقرار الصادر بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة، أو بإغلاق محل عمومى.

١١- الخصيصة الرابعة - أن القانون مجموعة قواعد ملزمة:

مجرد تقرير القواعد القانونية لا يكفى لإقامة النظام الإجتماعى، بل لابد من أن يصحبها جزاء يوقع على من يخالفها أو يخرج على أحكام، هذا الجزاء هو الذى يحمل الناس على إحترامها، ولو أن الكثير منهم يطيعونها ويعملون بها لا رهبة ولا خوفا من الجزاء، بل إقتناعا بما فى إحترامها والإنقياد لأحكامها من إستقرار للنظام الإجتماعى وحفاظ عليه.

والجزاء كما عرفه بعض الفقهاء «شر معلق على شرط مخالفة القانون بقصد حمل الإنسان على إطاعة أحكامه والعمل بمقتضاه».

والجزاء يتميز بأنه يوقع جبراً بواسطة السلطة العامة وفقاً لنظام معروف مقدماً.

فالجزاء يوقع جبراً، ولذا يرى فريق من الفقهاء أن من الأفضل التعبير عن الجزاء القانونى بلفظ «الاجبار» لأن هذا التعبير الأخير يكشف عن صفته المادية التى توقع على الانسان فى الحياة الدنيا، وفى هذا تختلف قواعد القانون الدين وقواعد الأخلاق، فقواعد الدين الجزاء على مخالفتها أخروى أى يوقع فى الحياة الآخرة، وقواعد الأخلاق الجزاء على مخالفتها يتمثل فى إحتقار المجتمع وسخط الرأى العام، فى حين أن الجزاء على مخالفة القواعد القانونية مادى له مظهر خارجى كالحبس أو السجن أو التنفيذ على أموال المدين.

كذلك يتميز الجزاء بأنه يوقع بواسطة سلطة عامة لها من القوة ما لا قبل للأفراد على مغالبتها، وأنه يوقع وفقاً لنظام مرسوم معروف.

وللجزاء صور عدة، تختلف وتتباين باختلاف القواعد القانونية:

ففى المسائل الجنائية يكون الجزاء بتوقيع عقوبة بدنية كالحبس، أو مالية كالغرامة، وبعقوبة تبعية كالغلق والمصادرة، كما قد يترتب على توقيع العقوبة الجنائية الحرمان من بعض الحقوق المدنية كالحق فى تولى الوظائف العامة.

وفى المسائل المدنية يتنوع الجزاء، فقد يكون تعويضاً مالياً، أو تنفيذاً على أموال المدين المتعنت، أو حكما ببطلان الإتفاق المخالف للقانون.

وفى المسائل الإدارية قد يكون الجزاء الذى يوقع على الموظف هو الإنذار أو الخصم أو التنزيل من الدرجة أو الفصل، وقد يصحب الفصل عقوبات تبعية كالحرمان من المعاش أو المكافأة.

وفى مسائل الإجراءات (أصول المحاكمات المدنية، وقانون تحقيق الجنايات) يكون الجزاء الحكم ببطلان الاجراءات المخالفة لأحكام هذين القانونين، كالحكم ببطلان صحيفة الدعوى.

هذا وقد إختلف الفقهاء فى مدى اعتبار الجزاء عنصراً لازماً لوجود القاعدة القانونية.

فذهب فريق إلى أن الجزاء من مستلزمات القاعدة القانونية، وأنه لا تعتبر قاعدة قانونية تلك التى لا تقترن بجزاء يوقع جبراً، وقد جعل أصحاب هذا الرأى من الجزاء معيارا للتفرقة بين القواعد القانونية وغيرها من القواعد الإجتماعية.

وذهب فريق آخر إلى أن الجزاء ليس عنصراً مكوناً للقاعدة القانونية، بل هو عنصر خارجى متعلق بمدى نفاذها، أو بعبارة اخرى أن القاعدة القانونية لا يشترط لقيامها أن تقترن فعلاً بجزاء، بل يكفى أن تتجه نحو الإقتران بجزاء، أى أن عدم توافر الإجبار المادى فى القاعدة القانونية لا ينفى وجودها، بل يقلل من فاعليتها ونفاذها فى العمل، ويدلل أصحاب هذا الرأى على صحة نظرهم بتخلف الجزاء فى بعض فروع القانون كالقانون الدولى العام والقانون الدستورى.

ولكن من الممكن تفنيد هذا الرأى عن طريق التأمل فى طبيعة كل من القانون الدولى العام والقانون الدستورى.

ذلك أنه بالنسبة للقانون الدولى العام، يمكن القول بأن التنظيم الدولى لم يبلغ بعد آخر مراحل تطوره، مثلما فعل النظام الداخلى للدولة من حيث توافر سلطة عليا فوق الافراد تتولى توقيع الجزاء. وإن كان هذا لا يعنى إنتفاء أى جزاء عن قواعد القانون الدولى العام، اذ من الجزاءات المتوافرة لهذا القانون؟ مقابلة المثل بالمثل، وتوقيع العقوبات الإقتصادية، وفسخ أو بطلان المعاهدات. الخ.

أما بالنسبة للقانون الدستورى فالجزاء أو الإجبار متوافر، غاية الأمر أنه يأخذ صوراً أخرى تغاير صور الجزاء العادى التى سبق أن أشرنا إلى أنواعها، لأنه لما كان هذا القانون يهدف أساساً إلى تنظيم السلطات العامة فى الدولة، فلا يتصور - والمخالفة قد تقع من إحداها - إلا إنشاء نوع من الرقابة المتبادلة بين هذه السلطات بما يكفل إحترام الدستور، تحت حراسة الشعب الذى له الإلتجاء إلى الوسائل السلمية أو الثورية عند الإقتضاء لفرض هذا الإحترام.

١٢- القانون والقواعد الإجتماعية الأخرى:

رأينا أن القانون هو مجموعة قواعد تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد فى المجتمع، غير أن القواعد القانونية لا تحتكر تنظيم سلوك الأشخاص، بل توجد إلى جانبها قواعد أخرى تشترك معها فى هذا الشأن، فهناك قواعد المجاملات والعادات والتقاليد، وهناك قواعد الأخلاق، وأخيراً هناك قواعد الدين، وجميعها قواعد إجتماعية تنظم سلوك الافراد فى المجتمع. من أجل ذلك يتعين التفرقة بين قواعد القانون وبين غيرها من القواعد الإجتماعية.

١٢- القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد:

يقوم كل مجتمع على قواعد سلوك تواضع الناس على إتباعها بحيث تعتبر من تقاليد هذا المجتمع، ويحرص الناس على إتباعها فى صلاتهم أو فى مظهرهم وملبسهم.

فهناك مثلا قواعد المجاملات كالسلام ورد التحية عند اللقاء، والعزاء والمؤاساة فى الموت أو الكوارث، والتهنئة فى المناسبات السعيدة.

وهناك قواعد تجرى بها التقاليد فى شأن المظهر أو الملبس أو طريقة الأكل، إلى غير ذلك من مظاهر الحياة، وهى قواعد تنشأ فى المجتمع دون إرادة واعية مدبرة، بل يدرج الناس عليها بطريقة تلقائية، ويتوارثها جيل بعد آخر، حتى يأتى من يعدل عنها بل ويحاربها إذا كانت تتنافى ومنطق العقل أو الذوق السليم.

وإذا كانت هذه القواعد تتفق مع القواعد القانونية فى أنها تحكم سلوك الأفراد فى الجماعة، إلا أنها تختلف عنها فى ماهية الجزاء. فالجزاء على مخالفة قواعد المجاملات أو العادات أو التقاليد يتمثل فى إستنكار الناس، حين أن الجزاء على مخالفة القواعد القانونية جزاء مادى تتولى السلطة العامة توقيعه جبرا على الأفراد.

وعلة هذا الإختلاف فى نوع الجزاء تكمن فى قيمة المصالح التى يهدف كل نوع من هذه القواعد إلى تحقيقها، فالمصالح التى تكفلها القواعد القانونية مصالح ضرورية ولازمة للحياة فى الجماعة، ولذا يتعين فرض إحترامها بجزاء مادى توقعه السلطة العامة جبراً. فى حين أن المصالح التى ترعاها العادات والتقاليد ليست لها هذه الصفة الحيوية، ولذا يكفى أن يكون الجزاء على مخالفتها هو مجرد إستنكار الناس.

وقد ترقى بعض القواعد المستمدة من العادات والتقاليد والمجاملات إلى مستوى القواعد القانونية، وذلك اذا رأت السلطة العامة فى الدولة

أن من المصلحة سند هذه القواعد بجزاء مادى، كما هو الشأن فى توقيع عقوبة الغرامة على كل من يدخن فى بعض الأماكن العامة التى ترى الدولة وجوب الإمتناع عن التدخين فيها حرصا على صحة المواطنين.

١٤- القانون والاخلاق:

يتصل القانون إتصالا وثيقا بعلم الأخلاق لأن الكثير من المبادئ القانونية تقوم على أسس أخلاقية، فالقانون مثلاً يعاقب على القتل والسرقة، وقواعد الأخلاق تحرم ذلك، والقانون يلزم المتعاقد بتنفيذ إلتزامه، وقواعد الأخلاق تدعو إلى الوفاء بالعهد، والقانون يحرم الإثراء بلا سبب مشروع، وقواعد الأخلاق تنهى عن ذلك.

على أن إتصال علم القانون بعلم الأخلاق لا يمنع من الفصل بينهما وتحديد دائرة كل منهما. فقواعد الأخلاق أوسع نطاقا من قواعد القانون، إذ تشمل واجب الإنسان نحو نفسه ونحو الغير، على حين أن القانون لا يتعرض إلا لبعض واجبات الإنسان نحو غيره، وهى الواجبات التى إذا تركت بغير ضابط وبغير جزاء مادى لعمت الفوضى ولإختل النظام الاجتماعى.

وقد قيل أنه حتى بالنسبة لهذا القدر من الواجبات والأعمال التى يشترك القانون فى تنظيمها مع الأخلاق، تختلف قواعد القانون عن قواعد الأخلاق. اذ بينما لا تعنى الأولى إلا بالأعمال الخارجية، فإن الثانية تهتم علاوة عليها بالبواعث والنية. وأنه على أساس هذا المعيار يمكن التفرقة بين الأخلاق والقانون، فنطاق الاخلاق قاصر على ما يعتلج فى الضمير وما يكمن فى النفس من نوايا ومقاصد، على حين يقتصر مجال القانون على الأفعال الخارجية دون الجرى والبحث فى النية لإستخلاص دوافعها.

غير أن هذا القول مردود، كما أن المعيار الذى يعتمده فى التفرقة بين القانون والأخلاق غير سليم، لأنه أن صح أن القانون لا يهتم بالنية وحدها فإنه يوليها عنايته إذا صاحبها أعمال خارجية، وفى القواعد الخاصة بحسن وسوء النية، وبالغش والتدليس، وفى سبب العقد، ونظرية التعسف فى إستعمال الحق ما ينقض هذا الرأى، فالمالك مثلا الذى يقيم على حدود ملكه سوراً مرتفعاً لحجب الضوء والهواء عن ملك الجار، دون منفعة حقيقية له، يجبر على هدم السور إلى الإرتفاع المعقول، مادامت نيته من تشيد ذلك السور لم تنصرف إلا للإضرار بالجار، وبذلك يرد عليه قصده ويمنع من التعسف فى إستعمال حقه فى ملكيته.

إذن فالقانون يلتقى بعلم الأخلاق ويشترك معه فى تنظيم بعض واجبات الفرد نحو غيره، ومع ذلك فان كلا منهما ينتظم قواعد يجهلها الآخر. فبينما يحتوى علم الأخلاق على قواعد تنظم واجبات الفرد نحو نفسه، وهو ما لا يعنى به علم القانون، نجد أن هذا الأخير يضم قواعد لا تمت إلى الأخلاق بصلة كقواعد الاجراءات، أو تتعارض مع مبادئ الأخلاق كالقواعد المنظمة لسعر الفائدة أو لسقوط الحقوق وإكتسابها بالتقادم.

١٥- الجزاء والغاية في كل من القانون والأخلاق:

علم القانون وعلم الأخلاق اذا كانا يختلفان من حيث نطاق كل منهما، فهما يختلفان أيضاً من ناحية الجزاء ومن ناحية الغاية.

فالجزاء على مخالفة القواعد القانونية جزاء مادى تتولى توقيعه السلطة العامة فى الدولة، على حين أن الجزاء على الخروج على مبادئ الأخلاق جزاء معنوى يتمثل فى إحتقار المجتمع وسخط الرأى العام.

وقد رأى بعض الفقهاء فى إختلاف طبيعة الجزاء فى القانون عنه فى الأخلاق معياراً للتفرقة بينهما.

ولكنا نرى أن هذا الرأى نظره، ذلك أن لقواعد الأخلاق كما لقواعد القانون جزاء، وإن إختلفت طبيعته فى كل منهما نتيجة لإختلاف الغاية التى ترمى إلى تحقيقها، ولذا نرى أن يكون معيار التفرقة بينهما هو الغاية.

فالقانون يرمى إلى تحقيق غاية واقعية نفعية هى اقامة النظام فى المجتمع والحفاظ عليه، بينما الغاية من الأخلاق هى السمو بالإنسان والإرتفاع به نحو الكمال: أو بعبارة أخرى أنه إذا كانت الغاية من القانون نفعية واقعية، فإن الغاية من الأخلاق نفسية مثالية.

ويترتب بطبيعة الحال على إختلاف الغاية إختلاف الجزاء، فما دامت الغاية من الأخلاق هى السمو بالنفس الإنسانية فيكون الجزاء على مخالفتها هو إستنكار المجتمع فضلاً عن الشعور بالحطة وتأنيب الضمير، أما القانون والغاية منه هو إقامة النظام فى المجتمع والحفاظ عليه فيكون الجزاء على مخالفة مادياً تتولى توقيعه السلطة العامة.

غير أن إختلاف الغاية فى كل من القانون والأخلاق وإن أدى إلى إختلاف الجزاء وإختلاف نطاق كل منهما بما قد يؤدى إلى تعارض بعض قواعد القانون مع قواعد الأخلاق فى بعض الأحيان كالقواعد الخاصة بالفوائد أو التقادم على ما سبق أن ذكرنا، إلا أنه لا يمنع من أن القانون يعتمد أساسا على الأخلاق، فالقواعد القانونية ما هى إلا قواعد أخلاقية بالقدر الذى يرى المشرع لزومها لإقامة النظام الإجتماعى، وحتى بالنسبة للقواعد الأخلاقية التى لم ينص عليها القانون، وهى التى يطلق عليها إسم «الآداب» يرى المشرع كذلك وجوب إحترامها حماية للمجتمع

وللنظام الاجتماعى من الانهيار أو التفكك، ولهذا نصت المادة ١٣٥ من التقنين المدنى المصرى على أنه «اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا». كما نصت المادة ١٣٦ منه على أنه «اذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا». كالإتفاق على إقامة علاقة جنسية غير مشروعة مقابل مبلغ من المال.

ونفس الحكم فى القانون اللبنانى كما يستفاد على سبيل المثال من المادة ١٩٢ من قانون الموجبات والعقود والتى تقرر أنه «باطل كل عقد يوجب أمراً لا يبيحه القانون ولا ينطبق على الآداب».

والخلاصة أنه للتفرقة بين القانون والاخلاق يجب اعتماد الغاية كمعيار يستهدى به فى هذا الشأن، فالقواعد التى تحدد سلوك الشخص بالنظر إلى ذاته من ،حيث سموها واطمئنانها الداخلى هى قواعد أخلاقية، أما التى تحدد سلوك الشخص بالنظر إلى المجتمع وآثاره عليه فهى قواعد قانونية.

١٦- صلة القانون بالدين:

الدين هو مجموعة الأوامر والنواهى التى أنزلها الله سبحانه وتعالى على رسله لهداية الانسان وتحقيق سعادته فى الدنيا والآخرة.

ويختلف نطاق الدين عن نطاق كل من الأخلاق والقانون. فالدين يتناول واجبات الانسان نحو ربه ونحو نفسه ونحو غيره. أما الأخلاق فتتناول واجبات الانسان نحو نفسه ونحو غيره، فى حين أن القانون يقتصر على واجبات الانسان نحو غيره.

وبجانب هذا الوجه من أوجه الخلاف، يختلف الدين كذلك عن

الأخلاق والقانون من حيث الجزاء. فالجزاء على مخالفة أحكام الدين جزاء أخروى هو العذاب فى الحياة الآخرة. أما الجزاء على مخالفة مبادئ الأخلاق فهو كما سبق أن رأينا، جزاء دنيوى معنوى يتمثل فى استنكار الرأى العام، وأن الجزاء على مخالفة قواعد القانون جزاء مادى تتولى السلطة العامة فى الدولة توقيعه.

غير أن أوجه الخلاف السابقة الذكر لا تمنع من أن مبادئ الأخلاق تتفق فى أصولها مع أحكام الدين، وأن الكثير من القواعد القانونية ينطوى على حقيقة خلقية كما سبق أن أوضحنا، وبذلك تستبين الصلة بين الدين والأخلاق والقانون. بل وأكثر من ذلك، فقد يصيغ المشرع من بعض أحكام الدين قواعد قانونية، كما هو الحال فى مسائل الوقف والميراث والوصية والولاية على المال.

١٧- صلة القانون بعلوم الاجتماع الاخرى:

رأينا أن القانون ينظم روابط الأفراد بعضهم ببعض باعتبارهم أعضاء فى جماعة واحدة، أى أن القانون علم اجتماعى، ويتعين لهذه العلة بيان صلته بسائر العلوم الاجتماعية الاخرى كعلم الاجتماع، وعلم السياسة، وعلم الاقتصاد، وعلم النفس، وقد سبق أن بينا صلته بعلم الأخلاق.

فالقانون عندما ينظم روابط الأسرة يتأثر بعلم الاجتماع ويسترشد بمبادئه، واذا تعرض لتنظيم السلطات العامة وادارتها وعلاقاتها بالأفراد يتصل بعلم السياسة، واذا صاغ قواعد المعاملات المالية اقترب من علم الاقتصاد، واذا اهتم بكيفية ادراك الأفراد لمضمون القواعد القانونية وكيفية خضوعهم لأحكامها اتصل بعلم النفس.

١٨ - القانون بين المذهبين الفردي والاشتراكي:

ساد المذهب الفردى فى القرنين السابع عشر والثامن عشر، ويهدف هذا المذهب إلى تقديس الحرية الفردية، ويجعل من الفرد الهدف من تنظيم المجتمع، كما يجعل من الحرية الفردية جماع الحقوق الطبيعية التى يولد الفرد بها. وعلى هذا الأساس يرى هذا المذهب أن القانون غاية واحدة هى ضمان هذه الحرية الفردية. ويتحقق هذا الضمان عن طريق رفع التناقضات بين حريات الافراد ومنع التضارب بين حقوقهم، ولذا يقتصر دور القانون على تقييد هذه الحريات بالقدر الذى يضمن للجميع التمتع بحقوقهم وحرياتهم على قدم المساواة، ولذا يقال أن دور القانون فى ظل هذا المذهب هو دور سلبى، قاصر على تحقيق هذه الحرية دون التدخل فى شئون الأفراد.

وقد أثر هذا المذهب على الفلسفة القانونية والاجتماعية والاقتصادية فسادت فكرة القانون الطبيعى فى مجال الفلسفة القانونية، وظهرت فكرة العقد الاجتماعى «لجان جاك روسو» فى مجال الفلسفة الاجتماعية، وانتصرت فكرة الحرية الاقتصادية فى مجال الفلسفة الاقتصادية وهو ما نادى به الفزيوقراطيون، ومحور هذه الأفكار جميعا هو اعتناق الحرية الفردية ومبدأ استقلال الارادة كأساس للنظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، وقد انطبعت هذه الافكار فى أذهان واضعى «قانون نابليون» فصدر هذا القانون وبالتالى القوانين التى نقلت عنه مشبعة بالمذهب الفردى.

واذا كان لهذا المذهب فضل محاربة استبداد الدولة وطغيانها، وتقديس الحرية الفردية، وتشجيع النشاط الفردى، الا أن أنصاره ما لبثوا أن غالوا فيه إلى حد أن ردوا إلى الارادة جميع الالتزامات، بل

جعلوا من الارادة مصدر جميع الحقوق، فالملكية مثلا مبنية على الارادة، بل هى الارادة الحرة فى العالم المادى.

وقد وصل هذا الاغراق من أصحاب المذهب الفردى فى تمجيد الارادة إلى حد مجانبة الحقيقة، والجرى وراء افتراضات لا تمت إلى الواقع بصلة، وقد كان من نتيجة ذلك أن ظهر المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى.

ويهدف المذهب الاشتراكى إلى تحقيق صالح الجماعة باعتبار أن المجتمع هو الهدف من القانون، ولا ينظر إلى مصلحة الفرد الا من خلال هذا الصالح الجماعى، ولذا يكون للقانون فيه دور إيجابى لا يقتصر على المحافظة على النظام فى المجتمع، بل يرمى إلى توجيه النشاط الفردى إلى ما فيه خير المجتمع وسعادته، باعتبار أن المجتمع ليس مجموعة من شخصيات تحتفظ بذاتيتها، كما يرى المذهب الفردى، بل وحدة متلاحمة تتجه جهود أفرادها نحو غاية مشتركة واحدة هى، خير المجموع.

وعلى هذا النحو تطورت النظرة إلى الملكية ووظيفتها ، والى فكرة العقد ودور الارادة فى تكوينه وتحديد آثاره.

غير أنه إذا كان المذهب الفردى لم يسلم من مثالب أخصها الاغراق فى تقديس الحرية الفردية. فان المذهب الاشتراكى كذلك – فى بعض صوره – لم يسلم من عيب انكار هذه الحرية والوصول فى بعض تطبيقاته إلى حد الغاء الملكية الخاصة والتضحية بمصلحة الفرد تضحية تامة فى سبيل مصلحة المجموع.

الفصل الثاني

الروابط القانونية

١٩- أنواع القواعد القانونية:

اذا كان القانون هو مجموعة القواعد التى تحكم الروابط الاجتماعية بين الأشخاص، الا أن شخص القانون ليس واحداً، فهناك الشخص الطبيعى أى الانسان، كما أن هناك الشخص المعنوى أو الاعتبارى.

والشخص المعنوى ينقسم بدوره إلى شخص معنوى خاص كالشركه التجارية، وشخص معنوى عام أى يمارس سلطة عامة كالدولة، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص.

كذلك فان القواعد القانونية، وأن كانت جميعها تتميز بخاصية الإلتزام، إلا أنها تتابين من حيث إمكانية الإتفاق على ما يخالفها. فبعض هذه القواعد لا يجوز لإرادة الأفراد على ما يخالف حكمها، بينما البعض الآخر من الجائز الإتفاق على إستبعاد حكمها. وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم القواعد القانونيه إلى قواعد آمره وقواعد مكملة أو مفسرة.

الفرع الأول

أقسام القانون وفروعه

٢٠- تمهيد:

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون تقسيمات عدة أهمها تقسيمان: الأول، هو تقسيم القانون إلى قانون موضوعى، وقانون شكلى، والثانى هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص.

والمعيار الذى يقوم عليه التقسيم الأول أساسه أن القانون الموضوعى يتناول أحكاما موضوعية تحدد الحقوق والواجبات التى تنطوى عليها العلاقات التى يتصدى لتنظيمها كالقانون المدنى والقانون التجارى مثلا.

أما القانون الشكلى أو الإجرائى فيتضمن قواعد الاجراءات التى يتعين إتباعها لاقتضاء الحقوق التى يقررها القانون الموضوعى، كقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإجراءات الجنائية، فالأول مثلا يبين المحكمة المختصة بنظر النزاع، وكيفية رفع الدعوى، وطريقة اقامة الأدلة وصدور الحكم فى الدعوى وكيفية تنفيذه.

غير أن هذا التقسيم يأتى فى المرتبة الثانية بالنسبة لتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، وهذا هو التقسيم التقليدى الذى لا يزال مسلما فى الفقه الحديث لأهميته حتى بالنسبة لمن يهاجمه من الفقهاء.

المبحث الأول
التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

٢١- معيار التفرقة:

يذهب المعيار التقليدى للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى أن العلاقات القانونية التى تكون الدولة طرفاً فيها تخضع لقواعد القانون العام، أما علاقات الأفراد فيما بينهم فتخضع لقواعد القانون الخاص.

غير أنه يؤخذ على هذا المعيار أن الدولة قد تكون طرفاً فى العلاقة القانونية ليس بإعتبارها صاحبة السيادة بل باعتبارها شخصا إعتبارياً عادياً، كما لو قامت الدولة ببيع أرض لها مملوكه ملكية خاصة أو إستأجرت عقاراً لمباشرة بعض أوجه نشاطها. ففي هذه الحالة تخضع العلاقة القانونية التى أبرمتها لأحكام البيع أو لأحكام الايجار التى أوردها القانون المدنى وهو أحد فروع القانون الخاص.

وعلى هذا الأساس عدل كثير من الفقهاء معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وفقاً لنوع العلاقة. فالقانون العام ينظم العلاقات القانونية التى تكون الدولة طرفا فيها بإعتبارها صاحبة السيادة، أما القانون الخاص فينظم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة عندما لا تكون طرفاً فيها بالوصف السابق.

غير أن المعيار السابق بالرغم من صحته إلا أنه يفتقد إلى الدقه، لأنه يقيم فيصل التفرقة على أساس الصفة التى تثبت لأشخاص العلاقة، فى حين أن هذه الصفة تنبع من طبيعة العلاقة، ولذلك يكون من الأولى

الأخذ بطبيعة العلاقة القانونية نفسها كمعيار للتفرقة، فاذا كانت العلاقة تتصل بحق السيادة فى الدولة كنا أمام قاعدة من قواعد القانون العام سواء كانت هذه العلاقة بين دولة ودولة، أو بين سلطة وسلطة أخرى فى داخل الدولة، أو بين الدولة بإعتبارها صاحبة السيادة واحد الأفراد، أما اذا كانت العلاقة القانونية لا تتصل بحق السيادة فى الدولة كنا أمام قاعدة من قواعد القانون الخاص.

٢٢- أهمية التفرقه بين القانون العام والقانون الخاص:

لما كانت أحكام القانون العام الغرض منها تنظيم العلاقات القانونية المتعلقة بحق السيادة، فانه ترتب على ذلك وجود فروق بينها وبين أحكام القانون الخاص سواء من الناحية النظرية أم من الناحية العملية، ويمكن اجمال هذه الفروق فيما يلى:

أولاً- تمتاز قواعد القانون العام بأنها جميعها قواعد آمرة أى لا يجوز الخروج عليها أو الاتفاق على ما يخالفها، لأن المقصود بها حماية الصالح العام، على حين يتضمن القانون الخاص بجانب القواعد الآمرة الكثير من القواعد المكملة وهى التى يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالفها لأنها تتصل بمصالح خاصة لهم.

ثانياً- ضماناً لتحقيق الأغراض المنشودة من القانون العام يخول هذا القانون للهيئات العامة فى الدولة سلطات لا يوفرها القانون الخاص للأفراد كالتنفيذ بالطريق الادارى دون الإلتجاء إلى القضاء، والاستيلاء المؤقت، ونزع الملكية للمنفعة العامة أو الإستملاك كما يعبر عن ذلك القانون اللبنانى.

ثالثاً- أن علاقة الدولة بموظفيها تختلف فى طبيعتها عن العلاقة القانونية التى تربط أرباب الأعمال بالعمال فى القطاع الخاص، وعلى ذلك إذا كان مبدأ الإضراب عن العمل يعتبر وسيلة مشروعة فى هذا القطاع الأخير لحمل أصحاب الأعمال على الإستجابة لمطالب العمال، فإن التوقف عن العمل والإضراب غير جائز بالنسبة لموظفى وعمال الدولة نظراً لما يترتب على ذلك من الإضرار بالمصالح والمرافق العامة التى يؤمنون سيرها.

كذلك فإن العقود الادارية المعقودة بين الادارة وعمالها تسرى فى شأنها أحكام متميزة عن أحكام القانون الخاص، فللإدارة مثلا حق تعديل شروط العقد أو إلغائه إذا إقتضى الصالح العام ذلك.

رابعاً- ترتب على اختلاف أحكام القانون العام عن أحكام القانون الخاص أن عمدت الكثير من الدول إلى إنشاء جهة قضائية مستقلة عن جهة القضاء العادى لنظر المنازعات المتعلقة بالقانون العام، وهذه هى المحاكم الادارية المعروفة فى مصر ولبنان.

خامساً- يخص القانون الأموال العامة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة – وهى الأموال المخصصة للمنفعة العامة – يخصها بحماية خاصة تتمثل فى عدم جواز التصرف فيها، أو تملكها بالحيازة (م٨٧ من التقنين المدنى المصرى)، ويطلق المشرع اللبنانى على الأموال العامة العقارية اسم العقارات المحمية، ولا يجيز تملكها بالحيازة (م٨ و ٢٥٦ من قانون الملكية العقارية اللبنانى).

وأكثر من ذلك فانه حتى بالنسبة للأموال الخاصة المملوكة فى مصر للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة، فانه لا يجوز تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم، كما لا يجوز التعدى عليها، وفى حالة

حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة (م٢/٩٧٠ من التقنيين المدنى المصرى).

المطلب الاول

القانون العام

Droit Public

٢٣- فروع القانون العام:

يشمل القانون العام القواعد التى تنظم علاقة الدولة بغيرها من الدول وتسمى هذه القواعد بالقانون الدولى العام، والقواعد التى تنظم السلطات العامة فى الدولة وعلاقتها بالافراد وتسمى بالقانون الدستورى، والقواعد التى تحكم مالية الدولة ويطلق عليها إسم القانون المالى، والقواعد التى تحدد الجرائم والعقاب عليها وتسمى بقانون العقوبات، والقواعد التى تبين الطرق التى تتبع فى تحقيق الجرائم والحكم فيها وتسمى بقانون الاجراءات الجنائية.

وسنتناول كل فرع من هذه الفروع على حدة.

٢٤- القانون الدولي العام: (Droit international Public)

القانون الدولى العام هو مجموعة القواعد المنظمة لعلاقات الدول فيما بينها سواء فى حالات السلم أم الحرب.

فهذا القانون يبحث فى الدولة والعناصر التى تتكون منها، وأنواع الدولة، وحقوق وواجبات الدولة كحق البقاء، وحق المساواة، وحق

السيادة، وحق الملكية (ملكية الاقليم)، وحق القضاء، وحق التمثيل الخارجى، وحق عقد المعاهدات السياسية والتجارية، وجميع هذه المسائل يشملها ما يسمى بقانون السلم.

كذلك يبحث هذا القانون فى العلاقات التى تقوم بين الدول فى حالة الحرب فبالنسبة للدول المحاربة ينظم هذا القانون إعلان الحرب والآثار التى تترتب عليها، وحقوق الدول المحاربة، وانتهاء الحرب وآثاره، وهذا ما يسمى بقانون الحرب.

وبالنسبة للدول غير المحاربة، أى الدول المحايدة يحدد هذا القانون واجباتها وواجبات رعاياها نحو الدول المحاربة، ولذا ينظم مسائل المهربات الحربية والحصار البحرى، وجميع هذه العلاقات تدخل فيما يسمى بقانون الحياد، وقد تكونت أغلب أحكام هذا القانون عن طريق العرف الدولى، والمعاهدات كما كان للفقه والقضاء اثرهما فى تحديد أصوله وتقرير أحكامه.

وقد اتسع نطاق هذا القانون فى الوقت الحاضر نتيجة لظهور المنظمات الدولية وأهمها منظمات هيئة الأمم المتحدة، وكذا المنظمات الاقليمية كجامعة الدول العربية.

٢٥- القانون الدستوري: (Droit Constitutionnel)

هو مجموعة القواعد التى تحدد شكل الدولة ونظام السلطات العامة فيها، وعلاقة هذه السلطات بعضها ببعض، وعلاقاتها بالأفراد، كما تبين حقوق الأفراد وضماناتها فى الدولة.

فالقانون الدستورى، هو القانون الأساسى للدولة، إذ يقرر

الشكل الذى تتخذه، ملكية أو جمهورية، ديموقراطية أو ديكتاتورية، بسيطة أو اتحادية إلى غير ذلك.

كذلك يحدد هذا القانون السلطات العامة فى الدولة وهى: السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائيه. كما يحدد اختصاص كل من هذه السلطات، وينظم العلاقات التى تنشأ بينها.

كما يحدد هذا القانون أيضا حريات الأفراد وحقوقهم كالحرية الشخصية، وحرية الدين، وحرية الإجتماع، وحرية التعليم، وحرمة المسكن. كذا يحدد حقوق الأفراد فى المساواة فى التوظف وفى التكاليف العامة كالضرائب، وفى أداء الخدمة العسكرية.

٢٦- القانون الاداري: (Droit administratif)

يضم القانون الادارى القواعد التى تنظم نشاط السلطة التنفيذية وكيفية أدائها لوظيفتها الادارية.

والقانون الادارى ليس مجموعة مواد يضمها تقنين واحد كالقانون الدستورى ولو أن العلاقة بينهما جد وثيقة، حتى أن من الشراح من يصفها بقولهم أن القانون الدستورى يتناول السلطة التنفيذية وهى فى حالة سكون، بينما أن القانون الادارى ينظم هذه السلطة وهى فى حالة الحركة.

فالقاون الادارى يعنى بأمر تشكيل وترتيب المصالح العامة فى الدولة وكيفية إدارتها سواء فى الحكومة المركزية بواسطة عمالها أم فى

الاقاليم بواسطة الهيئات المحلية كمجالس المحافظات والمجالس البلدية.

فالحكومة تقوم بتحصيل الضرائب، وادارة أموال الدولة العامة والخاصة، والعناية بأمور الزراعة والرى والمواصلات والصحة العامة.. الخ، كما تسهر على أمن الدولة الداخلى والخارجى، كذا تقوم الحكومة بتعيين الموظفين وتأديبهم ودفع مرتباتهم.

هذا وقد اتسع نطاق القانون الادارى نظرا لانشاء قضاء خاص بالرقابة على الاعمال الادارية كمجلس الشورى فى لبنان ومجلس الدولة فى مصر.

٢٧- القانون المالي: (Droit Financier)

يعنى هذا القانون بمالية الدولة والهيئات العامة، من حيث بيان الموارد التى تغذيها من ضرائب ورسوم وقروض، ومن حيث بيان أوجه صرف هذه الأموال.

ففيما يتعلق بالموارد يحدد هذا القانون مصادرها وكيفية تحصيلها وفيما يتعلق بأوجه الصرف ينظم هذا القانون كيفية الانفاق على المرافق والمصالح العامة كالدفاع والأمن والتعليم والصحة والقضاء الخ.

وقد كان هذا القانون ملحقا بالقانون الادارى حتى عهد قريب، أما الآن فقد استقل عنه وأصبح فرعا قائما بذاته من فروع القانون العام.

٢٨- قانون العقوبات: (Droit Pénal)

يضم قانون العقوبات القواعد التى تحدد الجرائم والعقاب عليها،

ذلك أن من الجرائم ما يمس الفرد فى نفسه أو فى ماله، انما ليس له أن ينتقم أو يقتص لنفسه، لأن العقاب فى يد الدولة ولها حق توقيعه. كذلك ليس للفرد أن يصفح عن الجانى ويرفع عنه الجزاء الا فى أحوال معينة (كجريمة الزنا). ولذا اعتبر هذا القانون فرعا من فروع القانون العام الذى ينظم علاقة الفرد بالدولة، فهى التى تبين له ما لا يجوز من الأفعال وتحدد العقاب عليها.

وينقسم قانون العقوبات إلى قسمين: قسم عام وقسم خاص.

أما القسم العام فيتناول تعريف الجريمة وأنواعها من جناية وجنحة ومخالفة، وأركان الجريمة وهى الركن القانونى أى النص على الجريمة فى القانون اذ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص، والركن المادى وهو الأمر المعاقب عليه والذى تتكون منه ان فعلا أو امتناعا، والركن الأدبى وهو كون الجانى فى حالة عقلية يدرك معها نتائج عمله، وركن البغى أى كون الجانى باغيا معتديا فى فعله لا مدافعا عن نفسه ولا مضطرا فى عمله ولا قائما بواجب.

كذلك يبحث هذا القسم فى العقوبة وأنواعها من اعدام أو حبس أو غرامة، ويبين قدر الحبس أو الغرامة وهو غالبا بين حدين يترك للقاضى حرية التقدير فيما بينهما تبعا لظروف الجريمة وحالة المجرم.

أخيرا يبحث هذا القسم فى المسؤولية وهى تقوم على توافر التمييز والاختيار فى الجانى. والتمييز معناه بلوغ درجة من النمو العقلى تكفى لادراك الفرد نتائج افعاله. والاختيار معناه أن يأتى الانسان أعماله بارادته.

كما يبين هذا القسم الاسباب التى تؤثر على قيام المسؤولية فترفعها كحالتى الجنون والاكراه، أو تخففها كحالة تجاوز حد الدفاع الشرعى.

وأما القسم الخاص فيتناول القواعد الخاصة بكل جريمة. ومن الجرائم ما يقع على الدولة فيمس أمنها الخارجي أو الداخلي كالتجسس وتزييف النقود، ومنها ما يقع على الأفراد فيمس النفس كالقتل والضرب، أو يمس المال كالسرقة، أو يمس الشرف كالقذف.

٢٩ - قانون الاجراءات الجنائية: (Droit instruction criminelle)

ينظم هذا القانون الاجراءات التى تتبع لتحقيق الجرائم، وما تتطلبه من حبس وافراج وتفتيش، ومحاكمة الجانى وما يستلزمه من تحديد المحكمة المختصة، وبيان اجراءات المحاكمة، وصدور الحكم وطرق الطعن فيها، وتنفيذه وكيفيته.

هذا ويلاحظ أن قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية ينتظمها قانون واحد يطلق عليه اسم القانون الجنائى (Droit Criminel)

المطب الثاني

القانون الخاص
Droil Privé

٣٠ - فروع القانون الخاص:

يحكم الروابط التى تنشأ بين الاشخاص – روابط أسرة أو روابط مالية – وكذا العلاقات التى تربطهم بالدولة عند قيامها بنشاط يحاكى نشاط الافراد مجموعة قواعد قانونية تسمى بالقانون الخاص.

والقانون الخاص يشتمل على عدة فروع هى: القانون المدنى وهو

الأصل، والقانون التجارى، والقانون البحرى، والقانون الجوى. وقانون العمل، وقانون المرافعات، والقانون الدولى الخاص.

٣١- القانون المدني: (Droit Civil)

يعتبر القانون المدنى الأصل بالنسبة لسائر فروع القانون الخاص. لأنه ينتظم من ناحية قواعد تتصرف إلى كافة الاشخاص على اختلاف مهنهم، ولأنه يرجع اليه من ناحية اخرى فى حالة سكوت أى فرع آخر – كالقانون التجارى مثلا – عن تنظيم مسألة معينة.

والقانون المدنى يتناول بالتنظيم الروابط الشخصية والمالية.

والروابط الشخصية تتناول المسائل المتعلقة بالأسرة بوجه عام:

من زواج وطلاق وما ينشأ عنهما من التزامات كالطاعة والمهر والنفقة وما يتفرع عنهما من عدة ورضاعة وحضانة، والنسب وما يترتب عليه من آثار، كما يدخل فيها مسائل الاهلية ومسائل الميراث. ويطلق على مجموعة القواعد التى تحكم هذه الروابط اسم الاحوال الشخصية.

أما الروابط المالية فتتناول علاقة الشخص بالمال، فتبين الحقوق المالية وطرق كسبها وانقضائها..الخ. ويطلق على مجموعة القواعد التى تنظم هذه الروابط اسم الاحوال العينية.

واذا كان الاصل كما ذكرنا أن يتناول القانون المدنى بالتنظيم هذين النوعين من الروابط. الا أنه فى مصر ولبنان تركت مسائل الاحوال الشخصية حتى الآن لقانون الديانة أو الملة.

٢٣- القانون التجاري (Droit Commercial):

القانون التجارى هو مجموعة القواعد التى تنظم الأعمال التجارية. فهو ينظم حياة التاجر التجارية كالقيد فى السجل التجارى ومسك الدفاتر التجارية، سواء كان هذا التاجر فرداً أم شركة، كما يضع أحكاماً للأوراق التجارية كالكمبيالات والشيكات والسندات تحت الأذن. وكذا يعنى بتنظيم قواعد الافلاس..الخ.

وقد كان القانون التجارى جزءا من القانون المدنى ثم إنفصل عنه لأن طبيعة الأعمال التجارية تختلف عن طبيعة الأعمال المدنية.

فالأعمال التجارية تتطلب السرعة فى انعقادها ولا تحتمل بطء الاجراءات المدنية، فحوله الحق مثلا لا تنفذ فى مواجهة المدين ولا الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها (م٣٠٥ مدنى و٢٨٣ موجبات) فى القانون المدنى، فى حين أن الكمبيالات والشيكات والسندات تحت الاذن يتم تداولها بمجرد التظهير فى القانون التجارى.

كذلك إستدعت سرعة إنجاز الأعمال التجارية إلى إعفائها من قيود الإثبات الموجودة فى القانون المدنى. فالتصرف القانون لا يجوز اثبات وجوده أو انقضائه بشهادة الشهود اذا زادت قيمته على ٢٠ جنيها فى مصر أو على ٢٧٥ ليرة فى لبنان اذا كان التعامل مدنيا. أما اذا كان التعامل تجاريا فيجوز اثباته بالبينة مهما كانت قيمة التصرف.

والثقة التى تتطلبها الأعمال التجارية إستدعت إفتراض التضامن فى شأنها فى حالة تعدد المدينين، بحيث يستطيع الدائن مطالبة أى مدين بكل الدين وليس فقط بحصته فيه. أما فى المعاملات المدنية فالتضامن

لا يفترض انما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م٢٧٩ مدنى و ٢٤ موجبات).

على أن انفراد القانون التجارى بأحكام خاصة واستقلاله عن القانون المدنى، لا يمنع من أن القانون الأخير هو الأصل، ولذا يرجع اليه فى حالة سكوت القانون التجارى عن تنظيم مسألة أو علاقة معينة.

٣٣- القانون البحري (Droit Maritime)

يختص القانون البحرى بتنظيم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية. وتتركز هذه العلاقات حول السفينة، فتتناول بيع السفن البحرية وتأجيرها، وعقد العمل البحرى، وعقد النقل البحرى، وعقد القرض البحرى، والتأمين على السفينة ومشحوناتها، إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة بالملاحة البحرية.

واذا كانت الأعمال التى ينظمها هذا القانون هى فى الأصل أعمالاً تجارية، إلا أن هناك من الإعتبارات ما دعت إلى فصله عن القانون التجارى، وترجع هذه الإعتبارات إلى كبر قيمة السفينة وإلى تعرضها لأخطار جسام، ولأنها تكون فى غالبية الأحيان بعيدة عن عين صاحبها ورقابته.

٣٤- القانون الجوي (Droit aérien)

القانون الجوى هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة الجوية. فتدور هذه العلاقات حول الطائرة من حيث ملكيتها وجنسيتها وتسجيلها، وعقد النقل الجوى، والمسؤولية عن الأضرار

التى قد تصيب الراكب أو تصيب من هو على سطح الأرض، إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة بالملاحة الجوية.

وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة، وترجع معظم قواعده إلى المعاهدات الدولية فى شأن الملاحة الجوية.

٣٥- قانون العمل: (Droit du travail)

يضم قانون العمل القواعد التى تنظم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال. وقد كانت هذه العلاقات تخضع إلى عهد قريب لأحكام القانون المدنى، حتى جاءت الثورة الصناعية فزادت فى قوة أصحاب الأعمال وسيطرتهم على وسائل الانتاج وبالتالى على دخول الطبقات الكادحة، وقد ترتب على ذذلك رد فعل إتسم بالعنف فى بعض الأحيان من جانب العمال دفاعا عن أرزاقهم، وقد حملت هذه الأوضاع المشرع على التدخل لتنظيم هذه العلاقات على أسس جديدة تضمن حقوق العمال دون اضرار بالانتاج، فظهر قانون العمل الذى تأثرت أحكامه التشريعية بالمبادئ الاشتراكية.

٣٦- قانون المرافعات: (Driot de procedure)

يضم قانون المرافعات المدنية والتجارية كما يسميه القانون المصرى أو قانون أصول المحاكمات المدنية كما يسميه القانون اللبنانى، القواعد التى تكفل حماية الحقوق واقتضائها.

فيبين هذا القانون كيفية تشكيل المحاكم واختصاصها، وكيفية رفع الدعوى والسير فيها، واجراءات الاثبات من كتابة وبينة ويمين ومعاينة محل النزاع والاستعانة بالخبراء، وصدور الحكم وكيفية الطعن فيه،

والتفيذ على أموال المدين.

٣٧- القانون الدولي الخاص: (Droit international privé)

تتكون العلاقة القانونية التى تنشأ بين الأشخاص من ثلاثة عناصر وهى: أولا سبب العلاقة، والسبب إما أن يكون عملا قانونيا كالبيع أو واقعة قانونية كالجريمة. ثانيا: اشخاص العلاقة القانونية كالدائن والمدين. ثالثاً: موضوع العلاقة، وموضوع العلاقة هو اعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

وليس من الضرورى أن تكون جميع عناصر العلاقة القانونية وطنية كالبيع الذى يتم فى مصر بين مصريين بشأن عقار موجود فى مصر، بل قد يكون فى العلاقة عنصر أجنبى كما لو انعقد البيع فى بلد أجنبى بين مصريين، أو كان البائع مصريا والمشترى أجنبيا، أو كان كلاهما مصريا والعقار موجود فى بلد اجنبى.

فاذا قام نزاع بين البائع والمشترى فى شأن هذا البيع، فأى محكمة تختص بنظر هذا النزاع؟ وأى قانون تطبقه المحكمة؟ أتطبق قانون جنسية البائع أم قانون جنسية المشترى، أم قانون موقع العقار؟

الذى يفصل فى جميع هذه المسائل هو القانون الدولى الخاص، فأحكامه هى التى تحدد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق، وتسمى هذه الأحكام بقواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى، وقواعد تنازع القوانين أو قواعد الاسناد، لأنها تقابل بين قوانين دول مختلفة وتفاضل بين أسباب أحقية كل منها بالتطبيق.

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف القانون الدولى الخاص بأنه مجموعة القواعد التى تبين الحلول الواجبة الاتباع فى مسائل تنازع الاختصاص وتنازع القوانين. غير أن من الشراح من يضيف إلى هذين الموضوعين اللذين يعالجهما القانون الدولى الخاص ثلاثة مواضيع اخرى هى: الجنسية وهى صفة فى الشخص تنفيد تبعيته لدولة معينة، والموطن وهو يثير علاقة الفرد بالدولة نتيجة اقامته فيها، ومركز الأجانب والمقصود بذلك معرفة ما يمكن أن يتمتع به هؤلاء الأشخاص من حقوق وما يتحملونه من واجبات فى الدولة التى يوجدون فيها.

الفرع الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

٣٨- تقسيم القواعد القانونية بحسب قوتها الملزمة:

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوة الإلزام فيها إلى قواعد آمرة، وقواعد مكملة أو مفسرة.

والقواعد الآمرة هى القواعد التى لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها أو على استبعاد حكمها، أى أن القاعدة الآمرة هى قاعدة مطلقة التطبيق، تنعدم حرية الأفراد فيما يتعلق بكل ما يمسها بالتعديل أو التغيير أو الاستبعاد.

أما القواعد المكملة أو المفسرة كما يطلق عليها أحيانا، فهى تلك القواعد التى يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها، لأن هذه القواعد لم يضعها للمشرع الا لتكملة ارادة الأفراد عند إغفالها الاتفاق على حكم

رابطة أو مسألة معينة، وعلى ذلك إذا نهضت الارادة ونظمت هذه الرابطة وجب اتباع حكم هذه الارادة.

أى أن مرد تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة هى الحرية الممنوحة للافراد فى تنظيم علاقاتهم، فحيث تقيد هذه الحرية تكون القواعد آمرة، وحيث تطلق هذه الحرية تكون القواعد مكملة. والعبرة فى تقييد الحرية أو اطلاقها هو بمدى تعلق العلاقة القانونية بنظام المجتمع ومقوماته.

٣٩- القواعد الآمرة: (les régles impératives)

رأينا أن القواعد الآمرة هى تلك القواعد التى لا يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالف أحكامها نظراً لتعلقها بالنظام الأساسى للمجتمع. فمثلا القاعدة التى تحرم الجريمة كالقتل أو السرقة لا يجوز استبعاد حكمها، فلا يجوز مثلا الاتفاق على ارتكاب جريمة القتل ولو برضاء المجنى عليه، والقاعدة التى تحرم الربا فتضع سعرا أعلى للفائدة لا يجوز الاتفاق على عكسها، والقاعدة التى تحدد المحرمات من النساء، قاعدة آمرة فلا يجوز الزواج من احدى هؤلاء المحرمات، وهكذا بالنسبة لكافة القواعد الآمرة، لأنها قواعد ملحوظ فيها المحافظة على نظام المجتمع ومقوماته.

هذا ولا يشترط لاعتبار القاعدة القانونية قاعدة آمرة أن ترد فى صيغة الأمر أو النهى، انما يشترط لاعتبارها كذلك أن يمتنع على الافراد مخالفتها نظرا لأنها تنظم أمرا وثيق الصلة بالمجتمع، بالغ الأثر فى كيانه، بحيث يتعين أن ينفرد المشرع بتنظيمه ووضع أحكامه بعيدا عن ارادة

الأفراد وما يكمن وراءها من مصالح خاصة قد تتعارض مع مصالح خاصة قد تتعارض مع مصالح المجتمع الأساسية.

٤٠- القواعد المكملة: (Les régles Supplétives)

القواعد المكملة أو المفسرة (interpétatives) هى تلك القواعد التى يجوز الإتفاق على ما يخالف أحكامها. وليس معنى القول أن القاعدة المكملة يجوز إستبعاد حكمها أن هذه القاعدة ليست ملزمة، لأن جميع القواعد القانونية تعتبر قواعد ملزمة، إذ الإلزام شرط من الشروط الأساسية لقيام القاعدة القانونى[1].

ولهذا نستبعد الرأى الذى يذهب إلى أن القاعدة المكملة تكون اختيارية ابتداء ولكنها ملزمة انتهاء، بمعنى أنها فى المرحلة السابقة على اتخاذ الافراد موقفا منها تكون اختيارية بالنسبة لهم، على حين تكون ملزمة لهم فى المرحلة التالية، وهى مرحلة عدم الاتفاق على استبعاد حكمها[2].

كل ما فى الأمر أن القاعدة القانونية – ويستوى فى ذلك القواعد الآمرة والقواعد المكملة – لا تنطبق إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لإنطباقها، ومن هذه الشروط بالنسبة للقاعدة المكملة ألا يتفق الافراد على إستبعاد حكمها، بمعنى أنهم اذا لم يتفقوا على ما يخالفها، أصبح حكمها ملزما لهم.

---

(١) ريبر، القوى الخالقة للقانون، ص٣١٩ .

(٢) انظر نيبواييه، مطول القانون الدولى الخاص، جـ٥ ص٨ .

ففى البيع مثلا تقضى المادة ١/٤٥٧ من التقنين المدنى المصرى بأنه «يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك» (تقابل المادة ١/٤٦٦ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى).

وظاهرة من النص سالف الذكر أن المشرع قد ربط بين وقت الوفاء بالثمن ووقت تسليم المبيع. فجعل الوفاء بالثمن مستحقا فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد. على أن هذا الحكم لا يكون ملزما للمتعاقدين إلا إذا لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بما يخالف ذلك.

فقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن قبل أو بعد تسليم المبيع، أو قد يقضى العرف بأحكام أخرى يتعين إتباعها. أما إذا سكت المتعاقدان عن ذكر ما يخالف هذا الحكم، ولم يكن هناك عرف يقضى بغيره، أصبح هذا الحكم ملزما واجب التطبيق.

٤١- معيار التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة: -

سبق أن أشرنا إلى أن فيصل التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة هو مدى تعلقها بالنظام الأساسى للمجتمع. ومحور النظام الأساسى للمجتمع هو النظام العام والآداب، فحيث تتعلق القاعدة بالنظام العام أو الآداب تعتبر قاعدة آمرة، وحيث تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد تعتبر قاعدة مكملة.

ولكن كيف يمكن الوصول إلى معرفة طبيعة القاعدة، وهل هى آمرة أم مكملة؟ هناك طريقان للوصول إلى ذلك: الأول يستند إلى

صياغة النص، والثانى إلى مضمون النص ومعناه.

٤٢- الطريق الأول - صياغة النص:

قد يصاغ نص القاعدة القانونية بطريقة تقطع فى الدلالة إن صراحة وإن ضمناً على طبيعتها.

فإذا ورد فى القاعدة أنه لا يجوز الإتفاق على ما يخالف حكمها أو على بطلان مثل هذا الاتفاق، دل ذلك على أن القاعدة آمرة، ومن الأمثلة على ذلك:

ما نصت عليه المادة ٢/١٣١ مدنى من أن «التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضائه، إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون».

وما تقضى به المادة ٤٨ مدنى من أنه «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها».

وما جاء فى المادة ٤٩ مدنى من أنه «ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية».

أما إذا ورد فى القاعدة على أنه يعمل بحكمها ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره، دل ذلك على أن القاعدة مكملة أو مفسرة، من ذلك ما تنص عليه المادة ٤٣٦ مدنى من أنه «اذا وجب تصدير المبيع للمشترى، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك».

وما جاء فى المادة ٤٥٦ مدنى من أنه «يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك».

وما يقتضى به المادة ٤٦٢ مدنى من أن «نفقات عقد البيع ورسوم «الدمغة» والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك».

وفى كل ما سبق اهتدينا بصياغة النص وعبارته إلى التعرف على طبيعة القاعدة القانونية، وهل هى آمرة أم مكملة.

٤٣- الطريق الثاني - مضمون النص:

إذا قصرت صياغة النص عن تحديد طبيعة القاعدة القانونية، فيتعين فى هذه الحالة الرجوع إلى مضمونه والاسترشاد بمعناه، فاذا تعلق هذا المضمون بالنظام الأساسى للمجتمع ومقوماته، أى إذا تعلق بالنظام العام والآداب، كانت القاعدة آمرة. أما إذا تبين أن هذا المضمون ينصرف إلى تنظيم مصالح خاصة للأفراد لا تتصل بكيان المجتمع كانت القاعدة مكملة.

ولما كان يستحيل على المشرع أن يضع قائمة جامعة مانعة لكل ما يعتبر مخالفا للنظام العام أو الآداب، فقد اكتفى فى نطاق الالتزامات بالنص فى المادة ١٣٥ مدنى على أنه «إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا».

وبالنص فى المادة ١٣٦ مدنى على أنه «إذا لم يكن للإلتزام سبب،

أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا».

ونرى استكمالا لهذا البحث أن نتناول بشئ من الدراسة فكرة النظام العام والآداب مع ايراد بعض تطبيقات لها.

٤٤- النظام العام:

لم يختلف الشراح فى أمر كاختلافهم فى تعريف النظام العام. فتعددت التعريفات فى شأنه تعددا يكاد لا ينتهى، وتباينت بالتالى فكرة النظام العام من حيث نظامها تبعا للنزعة التى انبعثت عنها هذه التعريفات(١).

---

(١) من هذه التعريفات ما يأتى:

أن النظام العام هو مجموعة القواعد التى لا يجوز للافراد الخروج عليها لأن الطبيعة الاجتماعية تحرم ذلك (alglave) تعريف النظام العام فى المسائل المدنية ص٥٣٦).

وأن النظام العام فى تشريع ما، هو مجموعة القواعد لا يجوز استبعادها أو تعديلها بالاتفاق، أى أن قواعد النظام العام هى القواعد الآمرة (بارتان، مبادئ القانون الدولى الخاص ص٩١).

وأن النظام العام هو مجموعة النظم والقواعد التى يراد بها تأمين سير المصالح العامة فى الدولة، وضمان الثقة وحسن الآداب فى علاقات الافراد فيما بينهم بحيث لا يجوز لهؤلاء استبعادها فى اتفاقاتهم (كابيتان، المصطلحات القانونية).

وأن النظام العام هو مجموعة الافكار التى التزمتها الجماعة على اعتبار أنها عنوان الحقيقة ونبذت كل حرية فى شأنها (ديموج، المبادئ الاساسية فى القانون الخاص ص ١٤٦).

وأن النظام العام هو المصلحة الاجتماعية على أى نحو نظر اليها (دبجى، الدولة والقانون والتشريع جـ١ ص٥٦٦).

والذى نراه هو أنه من الصعب تعريف وتحديد فكرة النظام العام على وجه دقيق، وأن خير ما يقال فى شأنها أن النظام العام قوامه فكرة المصلحة العامة، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أم إجتماعية أم إقتصادية أم أدبية، وأنه لما كانت فكرة المصلحة العامة قابلة للتغير من دولة إلى دولة، ومن زمن إلى زمن فى نفس الدولة، فان فكرة النظام العام تعتبر تبعا لها فكرة متغيرة أو فكرة نسبية ينظر اليها فى جماعة معينة فى زمن معين، فمثلا تعدد الزوجات لا يعتبر مخالفا للنظام العام فى مصر، على حين أنه يعتبر كذلك فى غيرها من الدول كفرنسا، وأن اباحة الطلاق من النظام العام فى مصر على حين أن تحريمه من النظام العام فى دول أخرى كايطاليا، وأن تحريم الرق يعتبر الآن من النظام العام فى مصر على حين أنه لم يكن كذلك قبل تحريمه ... وهكذا، ولذا فان خير ما نستطيع أن نفعله فى شأن تحديد فكرة النظام العام هو ايراد بعض تطبيقات فى شأنها، مع ملاحظة أن نطاق النظام العام يختلف ضيقا وإتساعا وفقا للمذهب الاجتماعى السائد فى الجماعة، فإذا ساد المذهب الفردى ضاق نطاق النظام العام، وإذا ساد المذهب الاشتراكى اتسع نطاق النظام العام.

٤٥- تطبيقات لفكرة النظام العام في نطاق القانون العام:

لن نحاول أن نعطى تطبيقات جامعة لفكرة النظام العام، بل سنكتفى بايراد بعض الأمثلة عليها. ولسنا فى حاجة قبل بحث هذه التطبيقات إلى ذكر أن كل مخالفة للقوانين الجنائية أو المالية وأن كل جريمة مدنية تعتبر مخالفة للنظام العام.

٤٦- التنظيم العام للدولة والقوانين المتعلقة بالأمن العام:

تعتبر القوانين المتعلقة بالتنظيم العام للدولة كالقانون الدستورى من النظام العام، وعلى ذلك يعتبر باطلا كل اتفاق يخالف هذه القوانين كالاتفاق الخاص بالاتجار بأصوات الناخبين، أو بتنازل شخص عن ترشيح نفسه لشخص آخر بمقابل أو بدون مقابل.

كذلك تعتبر قوانين التنظيم القضائى من النظام العام لأنها تنظم سلطة عامة من سلطات الدولة، وعلى هذا يعتبر باطلاً الإتفاق على تعديل إختصاص المحاكم فيما عدا الإختصاص المحلى لأنه روعى فيه مصلحة المتقاضين بالتيسير عليهم.

كذلك يقع باطلا كل إتفاق يتعارض مع القوانين المتعلقة بالأمن العام كالقوانين الجنائية، كالإتفاق على ارتكاب جريمة أو على الإمتناع عن ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال، أو الاتفاق على امتناع المجنى عليه على عدم التبليغ عن الجريمة، أو الاتفاق على اخفاء جريمة .. الخ.

٤٧- النظم المالية:

لا يجوز الاتفاق على مخالفة النظم المالية فى الدولة أو القوانين المنظمة للنقد فيها، وعلى ذلك يعتبر باطلا الاتفاق على جعل الملزم بالضريبة شخصا آخر غير الممول الذى عينه القانون.

٤٨- النظم الادارية:

تعتبر النظم الادارية وما تتضمنه من قواعد ترمى إلى ضمان نزاهة

الموظف والى حسن سير العمل في المصالح الحكومية من النظام العام، ولذا يقع باطلا كل اتفاق يتعارض مع المصلحة العامة التى تحققها هذه النظم، كالاتفاق على الاتجار بالوظيفة من بيع لها أو التنازل عنها أو سعى غير مشروع للحصول عليها، أو الاتفاق على دفع مبلغ من المال لقاء قيام الموظف بواجب من واجبات وظيفته أو عدم قيامه بعمل من أعمال هذه الوظيفة، سواء تم الاتفاق مع الموظف مباشرة أو عن طريق وسيط.. وهكذا.

٤٩ - الحرية العامة:

تعتبر الحريات العامة التى كفلها الدستور للأفراد من النظام العام، من ذلك الحرية الشخصية وما يتفرغ عنها من حرية الاقامة، وحرية الدين، وحرية الزواج، وحرمة النفس، وحرية العمل والتجارة.

فالحرية الشخصية من النظام العام، ولذلك نصت المادة ٤٩ مدنى على انه «ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية». ويعتبر من قبيل النزول عن الحرية الشخصية تعهد شخص بخدمة آخر مدى حياته أو مدى حياة المخدوم، ولذلك قررت المادة ٢/٦٧٨ مدنى أنه «فاذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض عى أن ينذر رب العمل إلى ستة أشهر».

وحرية الاقامة من النظام العام ولذا لا يجوز إبعاد مواطن عن وطنه أو على حظر الإقامة عليه فى جهة ما أو على إلزامه بالإقامة عليه فى جهة ما أو على إلزامه بالإقامة فى مكان معين.

وحرية الدين والعقيدة من النظام العام، ولذلك يقع باطلا كل

إتفاق يقيد هذه الحرية كالاتفاق على الزام شخص بإتباع دين معين أو مذهب معين.

كذلك تعتبر حرية الزواج من النظام العام، ولذلك ذهب القضاء إلى أن الخطبة غير ملزمة لأى من الطرفين، فيجوز العدول عنها، ولا يترتب على هذا العدول مسؤولية من عدل إلا إذا كان قد إرتكب خطأ.

وحرمة النفس من النظام العام ولذلك يقع باطلا كل تعهد من شأنه تعريض سلامة المتعهد أو غيره للخطر كالاتفاق على مبارزة.

وحرية العمل والتجارة كذلك من النظام العام، ولذلك ذهب القضاء إلى بطلان التعهد بعدم مزاولة نوع معين من التجارة إذا كان هذا التعهد مطلقا، أما إذا كان مقيدا بزمان معين أو بمكان معين فكان يقضى بصحته.

٥٠- تطبيقات لفكرة النظام العام في نطاق القانون الخاص:

لا تقتصر فكرة النظام العام على القانون العام كما يرى البعض، بل تمتد كذلك إلى القانون الخاص، سواء تناولت قواعد هذا القانون روابط الأحوال الشخصية أم روابط الأحوال العينية كما سنرى فيما يلى:

٥١- الحالة المدنية للشخص وأهليته:

تعتبر الحالة المدنية للشخص من النظام العام، لأن القواعد المنظمة لهذه الحالة لا يقصد بها فقط حماية الشخص، بل يقصد بها كذلك حماية الجماعة التى ينتمى إليها، وعلى ذلك يعتبر باطلا كل إتفاق الغرض منه تعديل جنسية الشخص أو تغيير إسمه، ولذلك نصت المادة ٥١ مدنى

على أن «لكل من نازعه الغير فى استعمال إسمه بلا مبرر، ومن إنتحل الغير إسمه دون حق، أن يطلب وقف هذا الإعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر». هذا مع ملاحظة أن إسم الشخص اذا أصبح إسما تجاريا جاز التصرف فيه.

وقواعد الأهلية من النظام العام، ولذا نصت المادة ٤٨ مدنى على أنه «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها». وعلى ذلك يقع باطلا كل اتفاق من شأنه مثلا اعتبار القاصر بالغا.

٥٢- نظام الأسرة:

يعتبر نظام الأسرة من صميم النظام العام، وعلى ذلك لا يجوز بالاتفاق تعديل ما بين الزوجين من حقوق وواجبات، كحق الزوج على زوجته من طاعة وأمانة زوجية، أو حق الزوجة على زوجها من نفقة ورعاية.

كذلك تعتبر السلطة الأبوية من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق مقدما على إلتزام الأب بطريقة معينة فى تربية أولاده أو بإختيار دين معين لهم.

كذلك تعتبر النفقة ما بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بى ذوى الأرحام من النظام العام، فلا يجوز لمن له الحق فى النفقة أن يتنازل مقدما عن حقه، وأن كان يجوز له التنازل عما تجمع من هذه النفقة.

٥٣- الأحوال العينية:

من القواعد المتعلقة بالأحوال العينية، أى المتعلقة بروابط الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال ما يعتبر من النظام العام، من ذلك القواعد المتعلقة بحرية تداول المال، والتى على اساسها قرر المشرع مثلا عدم جواز الاتفاق على البقاء فى حالة الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م٨٣٤مدنى)، وعدم جواز الإتفاق على بقاء حق الإنتفاع لمدة تزيد على حياة المنتفع (م ٩٩٣ مدنى) .. وهكذا.

كذلك تعتبر من النظام العام القواعد التى تكفل حماية الطرف الضعيف فى التعهدات، من ذلك بطلان كل إتفاق من شأنه مخالفة قوانين العمل التى ترمى إلى حماية العامل فى جسمه أو فى أجره.

٥٤- الآداب:

الآداب كالنظام العام تستعصى فكرتها على التعريف، ومع ذلك يمكن القول بأن قوام فكرة الآداب هو الرأى العام وما يتأثر به من عوامل أخلاقية وإجتماعية يبعثها الدين والعرف والتقاليد فى مجتمع معين فى زمن معين. أى أن فكرة الآداب كفكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف باختلاف الأزمنة وباختلاف الجماعات، فعقد الهتافة[١] مثلا، وهو العقد الذى يتم بين مدير المسرح ومن يستأجرهم لترويج المسرحية عن طريق الهتاف والتصفيق كان معتبرا منافيا للآداب، وكان القضاء الفرنسى يحكم ببطلانه، أما الآن فلا يعد كذلك بعد أن أصبحت وسائل الدعاية والاعلان من الوسائل المشروعة.

---

(١) Contrat de Claque

والقضاء وهو الحارس الأمين على كيان المجتمع كثيراً ما يستند إلى فكرة الآداب – إذا لم تسعفه النصوص الموضوعة – فى إبطال العقود المنافية للأخلاق، ولا يرجع القاضى فى تحديد ما يعتبر منافيا للآداب إلى أفكاره ومبادئه الخاصة بل يرجع فى ذلك إلى الرأى العام فى المجتمع الذى ينتمى إليه، وعلى الأخص إلى رأى العناصر السليمة فيه وأن تعارض رأى هذه العناصر السديدة مع بعض العادات التى تسير عليها الأكثرية جهلا منها بما هو حسن وما هو قبيح[١].

٥٥- تطبيقات لفكرة الآداب:

يعتبر مخالفا للآداب كل عمل يقصد به خداع شخص معين أو خداع الجهود على وجه الاطلاق، كما يعتبر منافيا لها كل تعهد يتم بغرض الحصول على كسب غير حلال، كتعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال، أو تعهد سارق برد المسروق مقابل مبلغ من النقود.

غير أن أهم تطبيقات فكرة الآداب هى ما تناولت العلاقات الجنسية وبيوت العهارة والمقامرة.

فيعتبر مخالفا للآداب كل إتفاق على دفع مبلغ من المال مقابل انشاء علاقة جنسية غير شرعية أو مقابل إستمرارها، أو العودة إليها بعد انقطاعها، ولكن لا يعد منافيا للاداب الإتفاق على دفع مبلغ من المال عند انتهاء هذه العلاقة إذا قصد منه تعويض أحد طرفيها عما أصابه من ضرر، أو مساعدته على مواجهة الحياة بعد انقطاع هذه العلاقة.

كذلك يعد باطلا كل إتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة أو نوادى القمار ولو رخص بها اداريا فى مصر.

---

(١) بلانيول وريبير واسمان، جـ٦ بند ٢٢٩ .

الباب الثانى
تكوين القاعدة القانونية ومصادرها

٥٦- تقسيم :

عرضنا فى الباب السابق إلى التعريف بالقانون كمجموع قواعد السلوك التى يتعين على الأفراد احترامها حتي يستقسم النظام فى المجتمع ، ثم استطردنا إلى الكلام فى أقسام القانون وأنواع القاعدة القانونية، والآن سنتعرض للبحث فى تكوين القاعدة القانونية والمصادر التى تنشأ عنها .

الفصل الأول
تكوين القاعدة القانونية

٥٧- بناء القاعدة القانونية :

إذا كانت القاعدة القانونية هى كما سبق أن بينا قاعدة سلوك اجبارية تقترن بجزاء مادى تفرضه سلطة عامه فى الجماعة، فبديهي أن نتسأل كيف تتكون هذه القاعدة، وما هي العناصر التى تتدخل فى بنائها .

الذي عليه جمهور الفقهاء أن بناء القاعدة القانونية يتكون من عنصرين هما :١) المادة أو المضمون ، ٢) والشكل، وتلك حقيقة قد استقرت بعد أن أبرزها العلامة الفرنسى جينى فى التفرقة بين ما أطلق عليه اسم العلم (La Science) وما أطلق عليه اسم الصناعة أو الصياغة. (La technique.)

ويقصد بالمادة أو الجوهر الحقائق والأفكار التى تعبر عنها القاعدة القانونية، ويقصد بالشكل كيفية تحديد المادة وضبط المضمون ضبطاً عمليا عن طريق الصياغة الفنية التى تتولاها السلطة التى تضفي على القاعدة القانونية قوتها الالزامية، وهذه هي المصادر الرسمية للقانون .

الفرع الأول

مضمون القاعدة القانونية

٥٨- عناصر المضمون :

يتكون مضمون القاعدة القانونية من حقائق واقعية وتاريخية وعقلية ومثالية، ويمكن رد هذه الحقائق إلى عنصرين هما : عنصر الواقع المستمد من التجربة والمشاهدة في الجماعة، وعنصر المثال الذي يعتبر نموذجاً للعدل الذي يتعين السير على دربه في جميع القوانين الوضعية .

وعلى هذا النحو سنتكلم أولاً في عنصر الواقع، وثانياً في عنصر المثال، وأخيراً في المذاهب الفلسفية التي تتناول أساس القانون .

المبحث الأول

عنصر الواقع في القاعدة القانونية

٥٩- العوامل التي يتأثر بها واقع الحياة :

يتأثر واقع الحياة في الجماعة بعوامل أو ظواهر متعدد، من القاعدة القانونية، وهي بعد عوامل تقوم على المشاهدة والتجربة، ومن

ذلك : العوامل الطبيعية، الاقتصادية، والسياسية، والاجتماعية والدينية والأخلاقية، وهذه العوامل يتعين أخذها بعين الاعتبار عند وضع القاعدة القانونية، وهي بعد عوامل تقوم على المشاهدة والتجربة .

٦٠- العوامل الطبيعية :

يقصد بالعوامل الطبيعية الظواهر المستمدة من طبيعة الإنسان أو من طبيعة المجتمع الذى يعيش فيه . فسن الأهلية للزواج مثلا يتوقف على النضوج الجسمي والجنسية للشخص، وهذا النضوج يتوقف تحديده فى سن متأخرة أو متقدمة على طبيعة المناخ الذى يعيش فيه المجتمع الذى ينتمى اليه هذا الشخص .

وظاهرة الميلاد وظاهرة الوفاة التى تحكم الإنسان تترتب عليهما قواعد قانونية معينة . فبالميلاد حيا يكتسب شخصيته ما يترتب على ذلك من حقوق وواجبات، وبالوفاة تنقضى هذه الشخصية وتظهر قواعد الميراث والوصية .

٦١- العوامل الاقتصادية :

يتأثر القانون فى كل جماعة بالظواهر الاقتصادية التى ترمي أساساً إلى اشباع حاجات الأفراد، وكلما تطورت هذه الظواهر وتقدمت كلما زاد أثرها على واقع الحياة القانونية، وهو ما نشاهده فى مجال العقود القانونية من حيث ظهور البعض كعقد التأمين أو زيادة الاهتمام بالبعض الآخر كعقد النقل .

وهو ما نلمسه كذلك بعد أن تطورت الصناعة فى العصر الحديث فظهرت الشركات الكبري كشركات المساهمة، والتجمعات العمالية والرأسمالية المتمثلة فى نقابات العمال وأرباب الأعمال، وما ترتب على ذلك من صدور تشريعات العمل التى تهدف إلى تحقيق التوازن بين هاتين الطائفتين بما يحقق المصالح الاقتصادية للجماعة .

وقد كان لأهمية العوامل الاقتصادية فى تكوين القواعد القانونية أن غالت بعض المذاهب كالمذهب المركسى فى أثرها، فإعتبر القانون مجرد تنظيم للاقتصاد فى الجماعة، وهو ما ينافي الواقع، لأن الحياة فى الجماعة لا تهدف فقط إلى اشباع الحاجات المادية، بل وأكثر من ذلك فإن القانون وان كان يتأثر بالعوامل الاقتصادية الا أنه فى نفس الوقت يؤثر فيها تحقيقا لفكرة العدل التى يسعي إليها (١) .

٦٢- العوامل الاجتماعية :

ترجع الكثير من النظم القانونية إلى العوامل الاجتماعية والسياسية التى تسود فى مجتمع ما فى زمن ما، وهي عوامل يتعين الالمام بها عن طريق المشاهدة والتجربة، فالقانون فى الدول الرأسمالية يتأثر بالنظرة الاجتماعية السياسية التى تسود هذه الدول من حيث نظام الحكم وتعدد الأحزاب ، والقانون فى الدول الاشتراكية يتأثر بفكرة سيادة الطبقة العاملة التى ينحصر فيها الحزب الواحد الذي يتولى الحكم فى هذه الدول غير أن تأثر القانون بالعوامل الاجتماعية والسياسية لا يمنع من محاولته فى الكثير من الأحيان من الهيمنة عليها تحقيقا لفكرة العدل .

---

(١) حسن كيرة، الموجز فى المدخل للقانون، طبعة ١٩٦١ بند ٤٥ .

٦٣- العوامل الدينية والاخلاقية :

يتأثر التنظيم القانوني في كل جماعة –وعلي الاخص ما تعلق من هذا التنظيم بالاحوال الشخصية – بالعوامل الدينية والاخلاقية التي تسود الجماعة في زمن ما . فنظام الزواج وتعدد الزوجات أو عدمه، ونظام الطلاق واباحته أو تقييده أو حظره، وأحكام النفقة، وقواعد الميراث .. الخ . جميعها تخضع إلى حد كبير للعوامل الدينية والأخلاقية السائدة في جماعة معينة في زمن معين .

على أن تأثر القانون بالعوامل الدينية والأخلاقية لا يمنع، كما هو الشأن بالنسبة لغيرها من العوامل والظواهر، ومن أخضاعها عند الحاجة لحكم القانون تحقيقاً لفكرة العدل .

المبحث الثانى

العنصر المثالى في القاعدة القانونية

٦٤- فكرة العدل :

لا تكفي الحقائق الواقعية، التى تكشف عنها التجربة والمشاهدة بمفردها لوجوب القاعدة القانونية، بل يجب أن تلحقها قيمة معينة تبرر وجوب القاعدة، هذه القيمة هي التى يستخلصها العقل فيما وراء المحسوس من مثل أعلى هو العدل، فما المقصود بالعدل .

٦٥- العدل الخاص والعدل العام :

ترجع فكرة العدل فى أساسها إلى فلاسفة الاغريق «فأرسطو»

يري أن العدل هو أعطاء كل شخص حقه، أو ما هو خاص به، وتحديد ما يخص كل شخص يكون اما بالنظر اليه كفرد له كيان مستقل، واما بالنظر اليه كعضو فى الجماعة، وعلي هذا الأساس يمكن تقسيم فكرة العدل إلى عدل خاص وعدل عام .

والعدل الخاص هو الذى يسود علاقة الفرد بغيره من الافراد ويقوم على اساس المساواة الحسابية بينهم، وهي مساواة لا يعتد فيها بصفات الافراد، بل يعتبر كل منهم مساو للآخر تماماً . ومن مقتضي هذه المساواة اعطاء كل ذي حق حقه وعدم المساس بهذا الحق، ولذا يكون من مقتضي هذا العدل الذى اصطلح على تسميته «بالعدل التبادلى» وفاء الشخص بما يتعهد به وعدم اعتدائه على مال الغير أو شخصه والا أخل بهذه المساواة التبادلية، ونتيجة لذلك يعتبر الرق ظلما لأنه يخل بهذه المساواة .

أما العدل العام فهو الذى يسود علاقة الفرد بالجماعة باعتباره عضوا فيها . وهذا العدل يهدف إلى تحقيق الصالح العام، وهو ما لا يتحقق عن طريق المساواة الحسابية بين الأفراد، بل عن طريق مساواة تناسبية أساسها اختلاف الحاجات والقدرات ، وهذا العدل العام يشمل ما يسمي «بالعدل التوزيعي» و«العدل الاجتماعي» معاً .

والمقصود بالعدل التوزيعي هو الاعتداد بحاجات الأفراد وبقدرتهم عند توزيع المنافع عليهم، فعلاوة غلاء المعيشة مثلا التى كانت تمنح للموظفين فى مصر تختلف باختلاف مقدار المرتب والأعباء العائلية للموظف .

أما العدل الاجتماعي أو العدل القانوني كما يسميه البعض كذلك

فيقصد به تحديد ما يجب علي الفرد للجماعة، من ذلك فرض مثلاً ضرائب تصاعدية تزيد نسبتها وفقاً لشريحة الدخل المكون للوعاء، وبذلك تتحقق المساواة فى هذا الواجب، وهي ليست مساواة حسابية بل مساواة اجتماعية .

وقد ترتب على تعدد صور العدل من عدل خاص قوامه التكافؤ بين الأفراد، وعدل عام أساسه الصالح العام وفرض سيطرة الجماعة على الافرد باعتبارهم أعضاء فيها، أن تنازع القانون اتجاهان أساسيان هما المذهب الفردى والمذهب الإشتراكي أو الإجتماعي السابق الإشارة إليهما .

المبحث الثالث

المذاهب الفلسفية (١)

٦٦- المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية :

يثير عنصر المثال فى القاعدة القانونية موضوع المذاهب الفلسفية الآتى تبحث فى أصل القانون أو فى أساسه. ويمكن تقسيم هذه المذاهب إلى قسمين : الأول يتناول ما يسمي بالمذاهب الشكلية، والثاني يتناول ما يعرف بالمذاهب الموضوعية .

ولن نعرض هنا للمذاهب الشكلية، وهي المذاهب التى تؤسس القانون على ارادة السلطة الحاكمة وتعتبر أن ما تأمر به هذه السلطة

---

(١) راجع فى هذا الموضوع: «ديجى» القانون الدستورى، جـ١ ، و «جينى» «العلم والصياغة» جـ٢ ، و«روبييه» النظرية العامة فى القانون طبعة ١٩٤٦ . وحسن كيرة أصول القانون، طبعة ١٩٥٩-١٩٦٠ .

هو الحق والعدل . وقد تعرضت هذه المذاهب لنقد شديد لأنها تقف عند شكل القانون ولا تنفذ إلى طبيعته، ثم هي إلى جانب ذلك تنقيد بارادة المشرع وقت صدورها لا وقت تطبيقها ولو تغيرت الظروف، مما ينتهي بالقانون إلى الجمود، ولذا عفي الزمن على هذه المذاهب وأعرض عنها الشراح (٢).

وعلى هذا سنكتفي بعرض للمذاهب الموضوعية على نحو موجز، فتناول أولا مذهب القانون الطبيعى الذى يرى أصحابه وجود قواعد سلوك تعلو القانون الوضعي وتوجهه، ثم المذاهب الواقعية التى ينكر أصحابها وجود هذا القانون ولا يؤمنون الا بالوقائع الحقيقية، وأخيرا المذاهب المختلطة التى تجمع بين المثل العليا وبين الحقائق الواقعية ويمكن تسميتها كذلك بالمذاهب المتوسطة.

المطلب الأول

مذهب القانون الطبيعي

٦٧- القانون الوضعى والقانون الطبيعي :

إذا كان القانون الوضعي (Le droit positif) هو مجموعة قواعد السلوك المطبقة فى دولة معينة فى زمن معين، فان القانون الطبيعي (Le droit naturel) كما يقول أصحابه هو مجموع مبادئ عامة تكمن

(٢) من المذاهب الشكلية مذهب (Austin) ومدرسة الشرح على المتون (école de-lexegese) التى ظهرت فى فرنسا بعد صدور قوانين نابليون فى مطلع القرن التاسع عشر. والجامع بين هذه المذاهب انها تعتبر التشريح المصدر الوحيد للقانون.

فى الطبيعة ويكشفها العقل السليم، وهذه المبادئ ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان، وهي المثل الأعلي الذى يتعين أن تتجه اليه القوانين الوضعية . وقد ظهرت فكرة القانون الطبيعى فى المجتمعات القديمة عند اليونان والرومان ثم انتقلت إلى رجال الكنيسة فى القرون الوسطي، وأخيراً إلى فلاسفة العصر الحديث .

٦٨- فكرة القانون الطبيعى في المجتمعات القديمة :

ظهرت فكرة القانون الطبيعي عند فلاسفة اليونان الذين قالوا بوجود قواعد قانونية تنبع من العقل وتسمو على غيرها من قواعد القانون الوضعي، بل أن قواعد هذا القانون الأخير تعتبر عادلة أو جائرة بقدر ما تتفق أو تختلف مع قواعد القانون الطبيعى الذى هو المثل الأعلي للكمال.

وإذا كان فلاسفة اليونان الأوائل كسقراط قد أحسوا بوجود القانون الطبيعى، إلا أنهم مع ذلك فرضوا طاعة القانون الوضعي ولو كانت أحكامه غير عادلة ولا تتفق مع الأصول المثالية .

أما أصحاب المدرسة «الرواقية» التى جاءت بعد ذلك فكانوا يرون أن الانسان الحكيم هو الذى يتحرر من كل الأهواء ويتخلص من كافة المؤثرات الخارجية بما فيها إجبار الدولة، ويسير وفق القانون الطبيعى الذى يحكم العالم ويجاوز حدود مختلف الدول لأنه قائم على أساس وحدة الطبيعة الانسانية، أي أن القانون الطبيعى قانون عالمي يسمو سلطانة على القوانين الوضعية[١]

---

(١) أنظر .Roubier, no 94

وقد انتقلت فكرة القانون الطبيعي من الفلسفة اليونانية إلى الفلسفة الرومانية، وظهرت فى كتابات فقهاء الرومان الذين تأثروا بالمدرسة الرواقية

فذهب «شيشرون» إلى وجود قانون موافق للطبيعة، مطابق للعقل السليم، معلوم للجميع، ولا يختلف فى روما عنه فى أثينا، خالد لا يتأثر بمرور الزمن .

وذهب الفقية «بول» إلى القول بأن هناك قانون خالد سابق على القوانين الوضعية ، فرضته الطبيعة وأملاه العقل القويم .

كذلك أشار «جايوس» فى كتابه «النظم» إلى قانون مشترك بين كافة الشعوب، تمليه الفطرة الطبيعية والعقل السليم [٢] .

وهكذا ظهرت فكرة القانون الطبيعى عند الرومان كقانون عام مشترك بين جميع الشعوب، تمليه الطبيعة ويدعوا إليه العقل السليم، مطابق للعدل والخير، مثل أعلى للقوانين الوضعية .

---

(١) أطلق بعض فقهاء الرومان على القانون الطبيعى اسم «قانون الشعوب» نظراً لعمومة، غير أن هذا لا يمنع من وجوب التفرقة بينه أى بين القانون الطبيعى وبين اصطلاح قانون الشعوب الذى عرفه الرومان أصلا كقانون بحكم العلاقات التى يدخل فيها الاجانب، وهو قانون وضعى يقابل القانون المدنى الذى يطبق على الرومان فقط فى علاقاتهم بعضهم بالبعض الآخر، وقد فرق الفقيه «البيان» بين القانون الطبيعى وقانون الشعوب بالمعنى الذى ذكرناه، فذكر أن هذا القانون الأخير كان يقر الرق، فى حين أن القانون الطبيعى لا يقره بل ينكره.

٦٩- فكرة القانون الطبيعي في القرون الوسطى :

انتقلت فكرة القانون الطبيعى إلى فقهاء القانون الكنسى، وكان من المنطقي أن تصبغ بالصبغة الدينية، فاعتبر رجال الكنيسة القانون الطبيعي قانوناً سماوياً يسمو على القانون الوضعي، ويتصف بالثبات الخلود، لأن مبعثه الوحي لا العقل .

وقد فرق فلاسفة الكنيسة بين أنواع ثلاثة من القوانين هي : القانون الأزلي أو الالهي وهو مشيئة الله سبحانه وتعالي التى تصل إلى الخلق عن طريق الوحى، ثم القانون الطبيعي، وهو القدر من القانون الالهي الذى استطاع الإنسان ان يدركه بعقله، وأخيراً القانون الوضعي، وهو من صنع البشر، ويجب أن يكون مستمدا من القانون الطبيعي ومطابقا لمبادئه.

واذا كان للانسان عصيان القانون الوضعي إذا جاء مخالفا للقانون الازلي، حتي لا يقع فى خطيئة دينية، فان عليه طاعة القانون الوضعي ولوم تعارض مع القانون الطبيعي حتي لا تعم الفوضي المجتمع [١] .

٧٠- القانون الطبيعى في القرنين السابع والثامن عشر :

تخلصت أوربا فى القرنين السابع عشر والثامن عشر من سلطان الكنيسة، فظهرت القوميات، ونشأت الدول، ولذا دعت الحاجة إلى ايجاد قواعد تنظم علاقات هذه الدول بعضها بالبعض الآخر من ناحية،

---

(١) قال بذلك القديس توماس الاكوينى، انظر فى ذلك دلفكيو، دروس فى فلسفة القانون (النسخة الفرنسية) ص ٣٧ وما بعدها.

والى قواعد تنظيم علاقات الأفراد بالحكام داخل كل دولة من ناحية اخري، ولذا برزت فكرة القانون الطبيعي لتلبى هذه الحاجة فى هذين المجالين .

وإلى الفقيه الهولندي «جروسيوس» فى كتابة عن الحرب والسلام يرجع الفضل فى ابراز فكرة القانون الطبيعي على شكل مذهب متحرر من الطبيعة الدينية التى أسبغتها عليه رجال الكنيسة فى العصور الوسطي .

وتتميز مدرسة القانون الطبيعى عند جروسيوس وأتباعه بالأمور الآتية :

١- التمييز بين القانون الالهي والقانون الطبيعي، فالأول مصدره الوحي، والثانى مبعثه العقل الانسانى .

٢- أن القانون الطبيعي سابق علي نشوء الدولة، ولذا يتعين على المشرع أن يتخذه مثلا أعلى عند وضعه القانون الوضعي .

٣- أن قواعد القانون الطبيعي، ومصدرها العقل القويم القائم على طبيعة الانسان التي تفرق بين العدل والظلم، وهي قواعد ثابته لا تختلف باختلاف الزمان أو المكان .

وإذا كانت القوانين الوضعية تتباين فيما بينها فى الزمان والمكان، فليس مرد ذلك هو إختلاف مبادئ القانون الطبيعي، بل مرده اختلاف المشرعين فى فهم هذه المبادئ وفي تطبيقها .

٤- أخيراً أن التسليم بوجود قانون طبيعي نابع من طبيعة الانسان

وسابق علي نشوء الدولة وسن القوانين الوضعية، ينتهي إلى التسليم بوجود حقوق طبيعية للانسان لصيقة بشخصه وتوجد بوجوده وهذه هي الحقوق الطبيعية أو حقوق الانسان التى أعلنتها الثورة الفرنسية تأسيسا علي المذهب الفردي للحد من طغيان الدولة .

٧١- القانون الطبيعى والعقد الاجتماعى :

إنتهي فلاسفة القرنين السابع عشر والثامن عشر إلى وجود حقوق طبيعية للانسان لصيقة به، ثابته له قبل نشوء الدول وتنظيم المجتمعات، بل إن تنظيم المجتمع يرجع إلى وجود عقد إجتماعي (. (contrat social خرج به الإنسان من عهد الفوضي إلى عهد المجتمع المنظم الذي تهيمن عليه سلطة حاكمة . وقد تباينت آراء الفلاسفة فى تحديد مضمون هذا العقد والغرض منه .

فذهب الكاتب الانجليزي «توماس هوبز» (١٥٨٨-١٦٧٩) فى نظرة إلى القانون الطبيعي والعقد الإجتماعي، إلى أن للإنسان غرائز الذئب فى مواجهة الغير، ولذا فان الاشتراك فى مجتمع منظم قد فرض عليه التنازل فى عقد إجتماعي عن حريته ووضعها فى يد الحاكم الذي له وحده وبمشيئة مطلقة سن القوانين . وهذا التنازل نهائي يتعين على الأفراد احترامه نزولا على مبدأ الوفاء بالعهد الذي يدعوا اليه القانون الطبيعي (١) .

وقد كان غرض «هوبز» من ذلك الدفاع عن السلطة الاستبدادية

---

(١) أنظر رينيه كابيتان، «هوبز» الدولة المطلقة، أرشيف فلسفة القانون سنة ١٩٣٦ ص ٤٦ وما بعدها.

التى كانت لملوك انجلترا فى عصره، وهو غرض أدي به إلي نقيض ما يدعوا إليه مذهب القانون الطبيعي من إحترام وكفالة الحقوق الطبيعية للانسان .

وقد أتي بعد «هوبز» كاتب انجليزي آخر هو «لوك» (١٦٣٢-١٧٠٤) الذي ذهب إلى أن العقد الاجتماعي الذي أبرم بين الشعب والحاكم لم يتنازل فيه الشعب الا عن جزء من حريته تأمينا لممارسة الجزء الآخر، وهكذا انتهي (لوك) عن طريق تحليله لفكرة القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي فى كتابه «شرح الحكومة المدنية» الذي نشر سنة ١٦٩٠ إلى تقييد سلطة الحاكم لصالح الفرد .

أخيراً جاء «جان جاك روسو» (١٧١٢-١٧٧٨) الذى إستعان بفكرة العقد الاجتماعي للقضاء على الحكم الملكي المطلق وللتمكين لحكم ديموقراطي تعلو فيه سلطة الشعب . ولذا ذهب إلى أن العقد الاجتماعي انما تم بين أفراد الشعب، وفيه تنازل كل فرد عن سيادته حتي تكون السيادة للمجموع، وبذا نشأت الدولة تعبيرا عن الارادة العامة .

ولما جاءت الثورة الفرنسية تأثر رجالها بكتابات «روسو» فقرروا السيادة للشعب كمجموع ، وأخذوا بفكرة القانون الطبيعي كقيد على هذه السيادة، وانتهوا إلى حق الشعب فى الثورة علي القوانين الظالمة، أي القوانين التى تخالف القانون الطبيعى . وعلي هذا النحو أعلنت حقوق الإنسان والمواطن عام ١٧٨٩، وقد كان هذا الإعلان بمثابة إقرار ضمني بوجود القانون الطبيعي . وفي مشروع قانون نابليون ورد نص يشير بوجود هذا القانون، وإذا كان هذا النص قد حذف عند وضع الصياغة النهائية لقانون نابليون، فلم يكن ذلك إنكاراً لفكرة القانون

الطبيعي، بل تجنباً للتشريعات الوضعية من الخوض فى المبادئ الفلسفية .

٧٢- القانون الطبيعى ذو الحدود المتغيرة :

تعرض مذهب القانون الطبيعي فى القرن التاسع عشر لإنتقادات عدة من جانب أنصار المذاهب الواقعية مما أدي إلى التشكيك فى صحته من الناحية التاريخية، وقد تناولت هذه الإنتقادات عدة جوانب فى هذا المذهب يعنينا منها ما يتصف به هذا القانون من الخلود والثبات وعدم التغير بتغير الزمان أو المكان، وقد حملت لواء هذا النقد المدرسة التاريخية بزعامة الفقيه الالماني «سافيني» الذى يري أن لكل جماعة قانون خاص بها ينبع من ضميرها ويتفاعل ويتطور معها، حتي سميت مدرسته باسم مذهب التطور التاريخي .

وقد ترتب على هذه الانتقادات أن أنفض الكثيرون عن مذهب القانون الطبيعي وضعفت فكرته وتقلص إنتشاره . غير أنه فى أواخر هذه القرن حاول البعض من الفقهاء إحياء هذا المذهب واعطائه دفعة جديدة عن طريق التوفيق بين ما يتصف به هذا القانون من عموم وثبات وبين تعاليم المدرسة التاريخية، وكان ذلك على يد الفقيه الألماني «ستاملر» فيما عرف باسم القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة أو المضمون المتغير .

وأساس نظرية «ستاملر» هي فكرة القانون العادل التى تسمو على القوانين الوضعية، فهذه الفكرة ثابتة، أساسها التمييز بين العدل والظلم واقامة القواعد القانونية على دعائم من العدل ، أما ما هو العدل وكيفية التمييز بين ما هو عدل وما هو ظلم فمسألة نسبية تختلف فى

الزمان والمكان، فما يعد عدلاً لدي شعب قد يكون هو الظلم لدي شعب آخر، وما يعد عدلا فى الماضي قد لا يعد عدلا فى الحاضر .

أي أن فكرة العدل وهي جوهر القانون الطبيعي هي فكرة عامة وثابتة، أما ما يعد عدلاً أو ما لا يعد كذلك فيختلف بإختلاف الأزمنة والمجتمعات حسب التصوير السائد فيها لفكرة العدل .

وقد تعرضت نظرية «ستاملر» لنقد شديد من جانب الفقهاء، فقيل فى نقدها أن صاحبها قد هدم مثله الأعلي للعدل بتسليمه بأنه أمر نسبى وليس مطلقاً، وقيل أن القانون الطبيعي المتغير المضمون كما صوره «ستاملر» ليس أكثر من زجاجة فارغة الصقت عليها بطاقة جميلة (١) وقيل أخيرا أن محاولة «ستاملر» فى إحياء القانون الطبيعي على هذه الصورة هو فى الواقع هدم له، ذلك أن فكرة العدل كما عرضها هذا الفقيه هي فكرة خلقية، فى حين أن أساس القانون الطبيعي هو فى اعتباره مجموعة مبادئ يكشفها العقل، ولا تختلط بالأخلاق .

٧٣- إحياء القانون الطبيعى في صورته التقليدية :

ظهرت فى الفقه الحديث حركة ترمي إلى إحياء مذهب القانون الطبيعى فى صورته التقليدية مع الحد من مضمونه، ذلك أنصار هذا القانون أسرفوا فى الماضي عندما أدعوا أنه يتضمن قواعد جزئية تواجه كل ما يثار من منازعات فى الحياة العملية وتضع لها حلولا معقولة، ذلك أن المنازعات ومشاكل الحياة لا يمكن أن تعرض وبصورة

---

(١) أنظر «روبييه» المرجع السابق، ص ١٩١ .

واحدة فى مختلف المجتمعات حتي يقال بوجود قواعد مشتركة ثابته لحلها.

لذلك اتجه أصحاب مذهب القانون الطبيعي فى العصر الحديث إلى أن مضمون هذا القانون قاصر على عدد محدود من المبادئ الأساسية المشتركة بين الجماعات ,وهى مبادئ لا تصلح فى ذاتها للتطبيق العملى وانما تصلح لتوجيه المشرع إلى العدل بما تتضمنه من مثل عليا. من ذلك مبدأ وجوب احترام شخص الانسان، ومبدأ الوفاء بالعهد المقطوع، ومبدأ تعويض الغير عن الضرر غير المشروع، ومبدأ إحترام الأسرة، ومبدأ إحترام الملكية، ومبدأ احترام السلطة العامة ، ومبدأ عدم الإثرء على حساب الغير بدون سبب.

ولكن يؤخذ على هذه المحاولة أن أصحابها لم يتفقوا على ما يدخل من مبادئ أساسية فى القانون الطبيعي، كما يؤخذ عليها أن من المبادئ التى ينسب إكتشافها إلى العقل ما يمكن رده إلى الأخلاق كمبدأ الوفاء بالعهد مثلاً، وأخيرا يؤخذ عليها أن من المبادئ التى ينطوي عليها القانون الطبيعي ما يتعلق بنظم كنظام الأسرة، ونظام الملكية، ونظام الدولة، وهي نظم لعب فيها التطور التاريخي دوره الكبير، فنظام الدولة الحديث مثلا ليس هو نظام العشيرة الذى عرف قديما ،لأن هذا النظام مبناه التجربة وليس مجرد العقل القويم الذي تقوم عليه فكرة القانون الطبيعي [١] .

---

(١) روبييه، المرجع السابق، ١٨٩و١٩٠.

المطلب الثانى

المذاهب الواقعية

٧٤- تعدد المذاهب الواقعية :

ظهرت فى القانون التاسع عشر فلسفة جديدة هي الفلسفة الواقعية التى يعارض أصحابها الفلسفة المثالية التى بني عليها القانون الطبيعي، وأساس الفلسفة الواقعية هو المشاهدة والتجربة، وقد انبعثت من هذه الفلسفة عدة مذاهب، نذكر منها : المذهب التاريخى، ومذهب الغاية أو الكفاح [١]، ومذهب التضامن الاجتماعي[٢]،ولو أننا سنقتصر هنا على ذكر المذهب التاريخى .

---

(١) سمي هذا المذهب بمذهب الغايةأو الكفاح لأن صاحبه وهو الفقيه الالماني «اهرنج» يري أن القانون ينشأ ويتطور بفعل ارادة وأعية تكافح لتحقيق غايتها وقد عرض ذلك فى كتابه «الكفاح فى سبيل القانون» .

(٢) يقوم مذهب التضامن الإجتماعي الذى دعي اليه الفقيه الفرنسى «ديجي» علي أن القانون كائن اجتماعي ، وعلي أن الافراد فى المجتمع تربطهم روابط تضامن ، هي رابطة تضامن تقوم على تشابه الحاجات ،ورابطة تضامن تقوم على تقسيم العمل لتبادل الخدمات «ديجى» القانون الدستوري ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ١١٢٧ – وأنظر حسن كيرة ،أصول القانون ١٩٥٩ – ١٩٦٠ بند ٧٠ وما بعده) .

٧٥- ظهور المذهب التاريخي :

بدأت معالم المذهب التاريخي في الظهور في القرن الثامن عشر في كتابات وأقوال بعض المفكرين الفرنسيين، من ذلك ما أشار إليه «منتسكيو» في كتابه روح الشرائع من أنه «ينبغي أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذى تخلق له، حتي أنه ليكون محض صدفة أن توافق قوانين أمة أمة أخري ... فالقوانين ينبغي أن تناسب طبيعة البلاد. ومركزها واتساعها، ونوع الحياة التى تحياها الشعوب ... ودين السكان وميولهم وأخلاقهم وعاداتهم» كما ذهب «بورتاليس» وهو أحد واضعي التقنين الفرنسى إلى أنه «تتكون تقنيات الشعوب من الزمن، فهي فى الحق لا تصنع» .

غير أن هذا المذهب لم تكتمل معالمه ولم ينتشر إلا على يد الفقيه الألماني «سافيني» الذى تصدي لمحاولة تقنين القانون المدني فى ألمانيا على غرار ما تم فى فرنسا وذلك فى بيان نشره سنه ١٨١٤ .

ولما كانت فكرة التقنين تتمشي مع مذهب القانون الطبيعى، لأنه ما دام أن هناك قانوناً طبيعياً عاماً وثابتاً يكشف عنه العقل البشري، فلا ضمير من التقنين لأن العقل يستطيع أن يكشف عن هذا القانون الطبيعي وأن يضعه فى نصوص .

ولذلك قام «سافيني» بمحاربة فكرة التقنين عن طريق معارضة المذهب الطبيعى وهدم الأسس التى يقوم عليها .

٧٦- مقومات المذهب التاريخي :

يقوم المذهب التاريخى على أسس ومبادئ يمكن إيجازها فيما يلى :

أولا : أن القانون ليس من نتاج التفكير والإستنباط كما يدعي أصحاب القانون الطبيعي، بل هو وليد حاجات الجماعة وما يكتنفها من ظروف وما يتفاعل فيها من عوامل إجتماعية ودينية وإقتصادية وسياسية وجغرافية .

أي أن القانون حدث إجتماعي يوجد ويتطور تلقائيا نتيجة تفاعل العوامل السابقة، وهي عوامل تختلف من مجتمع إلى مجتمع آخر، كما تختلف فى نفس المجتمع بإختلاف الأزمنة . وعلي هذا النحو يستبعد هذا المذهب فكرة القانون الطبيعي العام الثابت الذى لا يتغير والذى يهدي اليه العقل عن طريق التفكير المجرد .

وفى هذا الشأن يقارن هذا المذهب بين اللغة والقانون، فاللغة تنشأ وتتطور تلقائيا دون حاجة إلى علماء النحو، الذين يقتصر دورهم فيما بعد على ضبط أصولها ، كذلك القانون فهو ينشأ ويتطور ذاتياً بحيث يقتصر عمل الفقهاء فى مرحلة تالية على تسجيله .

ثانياً : ما دام القانون وليد البيئة والعوامل التى تتفاعل فيها فلا يمكن القول بأن له غاية معينة يسعي إلى تحقيقها، وذلك لإنعدام الإرادة العاقلة الموجهة له .

ثالثاً : بما أن القانون هو ثمرة ظروف البيئة التى ينشأ فيها فمن

الطبيعي أن يكون للعرف – وهو ما درج الناس على اتباعه – الصدارة على باقي مصادر القانون وأخصها التشريع .

رابعاً : بما أن القانون هو وليد الظروف الاجتماعية لكل أمة في ماضيها وحاضرها ومستقبلها، وأنه دائم التطور بطريقة غير محسوسة، فيتعين البعد به عن فكرة الجمود التي ينتهي اليها التقنين .

٧٧- تقدير المذهب التاريخي :

إذا كان للمذهب التاريخي فضل إبراز صلة القانون بظروف المجتمع والعوامل التي تؤثر فيه، وبالتالي في الكشف عن نسبية القانون واختلافه وفقا للبيئة والزمن، إلا أن هذا لا يمنع من إسرافه في بعض منطلقاته، مما عرضة لإنتقادات عدة يمكن إجمالها فيما يأتي :

أولا : المغالاة في ربط القانون بالبيئة، وإغفال دور الإرادة الواعية للإنسان في توجيه أحكامه، وفي هذا انكار للواقع الذي تشهد به الحركات الكبري في تاريخ البشرية كإلغاء الرق واعلان حرية العقيدة وحرية العمل وغيرها من الأحداث التي تعتبر معالم في طريق الانسانية .

ثانياً : أن التسليم بدور الإرادة الواعية في تكوين القانون وتطويره، يستتبع التسليم بوجود هدف للقانون، وهو ما كشف عنه «أهرنج» في مذهبه المسمي بمذهب الغاية أو الكفاح .

والواقع أن القول بأن القانون يسير في تطوره دون هدف معين – كما زعم المذهب التاريخي – لا يتفق وظيفة القانون في توجيه سلوك الأفراد .

ثالثاً : بالغ أصحاب المذهب التاريخي في دور العرف كمصدر للقانون، وبالرغم من عدم التقليل من هذا الدور، إلا أنه لا مجال للشك

فى أن التشريع قد أصبحت له الصدارة فى المجتمعات الحديثة لأنه الوحيد القادر على سرعة تلبية حاجاتها، أما العرف فعاجز عن ذلك لأنه بطبيعته بطئ التكوين، والتشريع كما هو معروف يصدر عن الارادة الواعية الموجهة.

رابعاً : أسرف المذهب التاريخى فى الإعتداد بالقومية القانونية المبينة على الظروف الإجتماعية لكل جماعة، وقد أثبت الوقع عدم صحة ذلك، فالتاريخ يحدثنا عن نجاح إستعارة بعض الدول لقوانين أجنبية، حدث هذا فى ألمانيا عندما طبقت منذ أواخر القرن الخامس عشر القانون الروماني، وحدث هذا فى مصر ولبنان وغيرهما من الدول عندما استمدت بعض تشريعاتها من القوانين الفرنسية .

خامساً : أثبت الواقع أن عداء «سافيني» لفكرة التقنين كان عداء مغالي فيه، إذ سارت معظم دول العالم فى طريق التقنين، ومنها ألمانيا نفسها عندما وضعت مجموعتها المدنية فى أواخر القرن التاسع عشر .

المطلب الثالث

المذاهب المختلطة أو المتوسطة

٧٨- الجمع بين المثالية والواقعية :

كانت المغالاة والتطرف من أنصار مذهب القانون الطبيعى وأصحاب المذاهب الواقعية على السواء، سببا فى وقوعها فى الكثير من الزلل كما رأينا.

فالقانون لا ينبع من مبادئ عامة وثابتة يكشفها العقل المجرد كما ذهب أنصار القانون الطبيعى، بل أن المشاهد أنه يختلف بإختلاف الجماعات

ويتطور بمرور الزمن، وهو ما كشفت عنه المدرسة الواقعية .

والقانون وإن كان يتأثر بمختلف العوامل الإجتماعية كما ذهبت المدرسة الواقعية، إلا أنه لا يمكن إنكار دور الإرادة الواعية فى توجيهه، لأن الإنسان – ذلك الكائن لعاقل – لا يمكن أن يقف موقف المتفرج على ما يدور من حوله، وهو ما أغفله اصحاب المذاهب الواقعية .

وتفادياً لهذه الإنتقادات إنتهج الكثير من الفقهاء المحدثين نهجاً وسطاً أساسه أن القانون إنما يستمد مادته من الحقائق الواقعية التى تثبت بالمشاهدة والتجربة، وما يصل إليه العقل الانساني على ضوء هذه الحقائق، وهكذا ظهر ما يسمي بالمذاهب المختلطة أو المتوسطة، وإذا كنا نشير هنا إلي مذهب الفقيه الفرنسى «جورج ريبر» المسمي بالقوي الخالقة للقانون [1]. فاننا سنكتفى بعرض لمعالم مذهب العلامة الفرنسى «فرنسوا جيني» المسمي بنظرية العلم والصياغة .

٧٩- أساس القانون عند جيني:

ذهب العلامة «جينى» فى كتابه المسمي «العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعي» إلى أن القاعدة القانونية تتألف من عنصرين : أولهما العلم (La science) ويقصد به لاحقائق التى تتكون منها المادة الأولية للقاعدة، وثانيهما الصياغة أو الصناعة (La technique) ويقصد بذلك الصورة التى تشكل بها القاعدة القانونية حتي تصبح

(١) «ربيير»، القاعدة الخلقية والالتزامات المدنية بند ٧ وما بعده، والقوى الخالقة للقانون بند ٩ وما بعده.

صالحة للتطبيق ولن تتناول هنا هذا العنصر لأننا سنعود لدراسته عند بحث صياغة القاعدة القانونية .

٨٠- الحقائق المكونة للمادة القانونية :

تتكون مادة القاعدة القانونية عند «جينى» من حقائق عدة يمكن تقسيمها إلى أربعة أنواع هي : الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية والحقائق المثالية وسنبحث بإيجاز كل من هذه الأنواع [١] .

٨١- الحقائق الواقعية أو الطبيعية :

هى تلك الحقائق التى تتكون من ظروف الواقع الذي يوجد فيه الناس فى الجماعة . وهذه الظروف قد تكون مادية أو طبيعية مثل المناخ وتكوين الإنسان العضوي أو الجسمي، وقد تكون معنوية كالحالة النفسية والنزاعات الخلقية والشعور الدينى، وقد تكون ظروفاً اقتصادية أو قوي سياسية أو إجتماعية [٢] .

وهذه الحقائق وإن كانت لا تنشئ القواعد القانونية مباشرة، إلا أنها تخلق المناخ والبيئة اللازمين لوجودها .

---

(١) راجع حسن كيرة، أصول القانون بند ٧٤ وما بعده .

(٢) «جينى» العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعي، بند ١٦٧ ص ٣٧١ .

من ذلك أن إختلاف الجنس بين الرجل والمرأة – وهذه حقيقة طبيعية – يثير مسألة الإرتباط بينهما وما يتطلبه هذا الارتباط من تنظيم قانوني .

٨٢- الحقائق التاريخية :

يقصد بالحقائق التاريخية ما تكون على مر الزمن من أصول ومبادئ يمكن إستخلاصها من تتبع النظم المختلفة فى تطورها عبر التاريخ، وهى تكون فى مجموعها تراثا تتناقله الأجيال يربط الحاضر بالماضي، ولو إتجه الحاضر إلى التجديد أو التغيير فى النظم القانونية المعمول بها .

فالملكية الفردية مثلا – بالرغم مما تتعرض له من إنتقادات – تجد لها فى التاريخ سنداً قوياً . فبإستقراء التاريخ يتبين أن الملكية الفردية إنما هي ثمرة تطور بدأ بالملكية المشتركة للعشيرة، ثم الملكية المشتركة للأسرة، ثم الملكية الفردية .

وإرتباط الرجل بالمرأة يظهر على ضوء الحقائق التاريخية فى صورة زواج إتخذ شكل نظام محكم فى شروطه وآثاره، ويخضع لرقابة سلطة اجتماعية قد تكون دينية وقد تكون مدنية .

٨٣- الحقائق العقلية :

يقصد بالحقائق ما يستخلصه العقل وحده من طبيعة الإنسان ومن الحياة فى المجتمع دون النظر إلى غاية مثالية، أو بعبارة أخري يقصد بالحقائق العقلية ما ينتهي إليه العقل من تقدير للحقائق

الطبيعية والتاريخية لمعرفة مدي ملاءمتها للغاية التى يهدف اليها التنظيم القانوني . وهذه الحقائق هي مضمون القانون الطبيعى وفقا لمدلوله التقليدى.

ففي نظام الزواج مثلا، يفرض العقل أن يكون الارتباط بين الزوجين ثابتاً ومستمراً، منبعثاً عن تراض بقصد انشاء أسرة وتربية أبناء، وهذه هي الحقيقة العقلية ، وهى حقيقة مسلمة وثابتة عالميا.

٨٤- الحقائق المثالية :

يري جينى أنه خارج التنظيم القانوني الذى تفرضه الحقائق الواقعية ومقتضيات العقل المستنير بالحقائق التاريخية، توجد إعتبارات مادية أو نفسية أو خلقية أو دينية أو اقتصادية أو سياسية، لا تفرض قواعد سلوك جديدة فى المجتمع، ولكنها تمثل ميولاً ونزعات معينة يجب إتباعها لتحقيق التنظيم الكمالي للروابط القانونية .

ولما كانت هذه الميول والنزاعات وليدة الأفكار والمعتقدات السائدة فى مجتمع معين فى زمن معين، فهي على خلاف الحقائق العقلية ليست عالمية ولا ثابتة . فمثلا تختلف المجتمعات فى تنظيمها للزواج وفقا لمثلها العليا، ولذا يتنازع هذا التنظيم مبدأ وحدة الزوجية أو تعدد الزوجات وأبدية الزواج أو جواز حل عقدته بالطلاق، وفقاً للإتجاهات الدينية والخلقية والإجتماعية السائدة فى المجتمع فى زمن معين .

كذلك الحال فيما يتعلق بالتعويض عن الفعل الضار، فالحقيقة العقلية تتطلب لقيام المسؤولية وإستحقاق التعويض وقوع خطأ من المسؤول، ولكن نظراً لإنتشار استعمال الآلات وتعذر إثبات خطأ رب

العمل، اتجهت التشريعات الحديثة إلى إحلال فكرة تحمل التبعة محل فكرة المسؤولية المبنية على خطأ فى بعض المجالات، وهذا الإتجاه ليس وليد حقيقة عقلية وإنما وليد حقيقة مثالية للتخفيف عن المضرور .

٨٥- تغليب الحقائق العقلية :

يري «جينى» أن من بين الحقائق السابقة التى تدخل فى تكوين القانون الوضعي – وهي حقائق لا تقبل التجزئة – يجب تغليب الحقائق العقلية، ذلك أن الحقائق الواقعية والتاريخية لا تحتاج فى الكشف عنها إلى جهد ذهني لأنها تستخلص من المشاهدة والتجربة، كما أن الحقائق المثالية تهدف فقط إلى السمو بالقواعد القانونية التى يفرضها العقل مستنيراً بالطبيعة والتاريخ ,ولذا يظل القانون فى أساسه عملاً عقلياً قوامه العدل يوفر الأمن والنظام فى الجماعة . وقد سبق لنا بحث فكرة العدل التى هي هدف القانون.

٨٦- الصياغة أو الصناعة في القاعدة القانونية :

يري «جيني» أنه بجانب عنصر العلم فى القاعدة القانونية والذى يتضمن الحقائق السابقة الإشارة إليها، يوجد عنصر الصياغة أو الصناعة لضبط الشكل الذى يجعل القاعدة صالحة للتطبيق، وهو ما سنعرض له فى كلامنا فى شكل القاعدة القانونية .

الفرع الثانى

شكل القاعدة القانونية

٨٧- الصياغة القانونية :

بجانب عنصر المادة أو المضمون فى القاعدة القانونية وهو ما يعرف باسم جوهر القاعدة، يوجد عنصر آخر متم له ولا غنى عنه هو عنصر الشكل، ذلك أنه بقدر ما نحتاج إلى الجوهر لادراك الغاية من القاعدة، بقدر ما نحتاج إلى الشكل لتحقيق التطبيق العملى لها عن طريق ضبط وتحديد المضمون . أي أنه إذا كان الجوهر هو الغاية من القاعدة، فإن الشكل هو الوسيلة لإدراك هذه الغاية . والشكل يتحقق عن طريق الصياغة القانونية، وكلما كانت الصياغة موفقة وملائمة، كلما زادت فرص نجاح القاعدة القانونية فى التطبيق وستناول بايجاز أنواع الصياغة القانونية وطرقها أو أدواتها .

المبحث الأول

أنواع الصياغة القانونية

٨٨- الصياغة الجامدة والصياغة المرنة :

قد تتحدد الفكرة الجوهرية التى تتناولها القاعدة القانونية تحديداً جامداً حاسماً لا يترك للقاضي أي مجال للتقدير عند تطبيقها، وقد تتحدد تحديدا مرنا يفسح المجال لهذا التقدير عند التطبيق . ويطلق على الصياغة فى الحالة الأولى إسم الصياغة الجامدة، ويطلق عليها فى الحالة الثانية إسم الصياغة المرنة.

٨٩- الصياغة الجامدة :

يقصد بالصياغة الجامدة، كما أشرنا ،حرمان القاضي من مكنة التقدير عند تطبيق القاعدة القانونية، الأن هذه الصياغة لا تأخذ فى الاعتبار ما يميز كل حالة من الحالات التى تطبق عليها القاعدة من ظروف وملابسات : فمثلا القاعدة القانونية التى تحدد سن الرشد ببلوغ الشخص سنا معينا لا تدخل فى الاعتبار درجة النضوج العقلى التى تختلف من شخص إلى شخص آخر، فكل من بلغ مثلا فى القانون المصري الحادية والعشرين ولم يحجر عليه يعتبر أهلا لممارسة حقوقه المدنية بصرف النظر عن درجة نضوجه العقلى الفعلى كما قلنا .

والأمثلة على الصياغة الجامدة كثيرة، بل أن الغلبة فى التشريعات كالتشريع المصري والتشريع اللبنانى إنما لهذا النوع من الصياغة، من ذلك تحديد مواعيد الطعن فى الأحكام ،فلا يصح للقاضي قبول الطعن فى حكم بعد فوات الميعاد بحجة أن ظروف الطاعن لم تمكنه من إجراء الطعن فى ميعاده القانونى.

كذلك يعتبر من قبيل الصياغة الجامدة تحديد بدء التقادم، وسعر الفائدة . ومقدار الضريبة التى يدفعها الممول .. الخ، وبصفة عامة تعتبر الصياغة جامدة كلما تحدد الشخص أو الواقعة أو الحكم فى القاعدة القانونية تحديدا لا يترك مجالا لأي سلطة تقديرية من جانب القاضى عند التطبيق .

٩٠- الصياغة المرنة:

تختلف الصياغة المرنة عن الصياغة الجامدة فى أنها لا تضمن

القاعدة القانونية حكماً ثابتاً لا يتغير بالنظر إلى ظروف كل حالة، بل تضفي عليها نوعا من المرونة يستجيب لمتغيرات الظروف مما يترك للقاضي حرية التقدير وفقاً لواقع وملابسات كل حالة.

فمثلاً يعتبر من قبيل الصياغة المرنة فى القانون الجزائي ترك تحديد العقوبة للقاضي بين حدين، حد أقصي وحد أدني، وفقاً لظروف الجريمة، أو الترخيص للقاضي الحكم بإحدي عقوبتين أو بهما معا، أو جوازاً تخفيض العقوبة إذا وجدت ظروف أو أعذار مخففة.

كما يعتبر من قبيل الصياغة المرنة فى القانون المدني تحديد فكرة النظام العام أو الآداب، أو تحديد المألوف من الاضرار التى يتعين على الجار تحملها، أو تقدير العذر المقبول الذى يتيح للواهب الرجوع فى الهبة، أو تحديد الرهبة القائمة على أساس التى تجيز إبطال العقد للاكراه، وغير ذلك من أمثلة يزخر بها هذا الفرع من القانون وغيره من الفروع .

٩١- الحاجة إلي نوعى الصياغة معا :

لكل من الصياغة الجامدة والصياغة المرنة مزاياها وعيوبها . فمن مزايا الصياغة الجامدة أنها تحقق يسر تطبيق القاعدة القانونية على القاضي، اذ يكفي أن تتوفر شروطها ليحكم بمقتضاها دون حاجة إلى النظر فى ظروف الشخص أو ملابسات الواقعة، كما أنها تؤدي إلى إستقرار المعاملات لأن كل شخص فيها يعرف موقفه من القانون سواء بالنسبة إلى حقوقة أو واجباته. ومع ذلك يعاب عليها أنها تحقق هذه المزايا على حساب العدالة فى التطبيق لأنها تغفل الظروف والملابسات

الخاصة بكل حالة، وأنها لجمودها تقعد عن ملاحقة التطور وما يستجد من حالات .

أما الصياغة المرنة فانها وإن كانت تحقق العدالة فى التطبيق لأنها تدخل فى الحسبان ظروف وملابسات كل حالة، علاوة على قدرتها على مسايرة التطور الإجتماعي ومواجهة ما يستجد من حالات، إلا أن ذلك لا يتم إلا على حساب الاستقرار والأمن المدنى فى المعاملات .

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لكل أنواع الصياغة القانونية وضحت الحاجة إلى كل منهما، وظهرت ضرورة الجمع بينهما فى كل نظام قانونى تحقيقا للمزايا الخاصة بكل منهما، وان كان المألوف الآن هو غلبة الالتجاء إلى الصياغة الجامدة فى معظم الدول .

المبحث الثاني

طرق أو أدوات الصياغة القانونية

٩٢- الطرق المادية والطرق المعنوية :

تقتضي طبيعة بحثنا التى تخاطب المبتدئ فى دراسة القانون الاكتفاء باعطاء فكرة عامة عن بعض طرق الصياغة التى توفر للقاعدة القانونية صلاحية التطبيق .

ويقسم الفقهاء عادة هذه الطرق إلى طرق مادية وطرق معنوية أو ذهنية .

المطلب الاول
الطرق المادية

٩٣- المقصود بالطرق المادية :

يقصد بالطرق المادية التعبير عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسما لا يحتاج إلى جهد فكرى فى ادراكها مما يوفر للمعاملات جانب الإستقرار والأمن، ومن ذلك طريقة احلال الكم محل الكيف وطريقة الشكليات.

٩٤- إحلال الكم محل الكيف :

يقصد بإحلال الكم محل الكيف وهو ما يطلق عليه البعض اسم «الترقيم» أي التعبير بالأرقام ، صياغة المعني الكيفى الذى يتضمنه جوهر القاعدة صياغة رقمية تقطع دابر كل خلاف فى شأن إدراك هذا المعني وتطبيقه .

والتعبير بالأرقام وإن كان لا يتفق فى جميع الحالات وواقع الأمر، إلا أنه يعبر عن الغالب فيها، ومن الأمثلة عليه تحديد الأهلية لمباشرة الحقوق المدنية ببلوغ سن معينة . ذلك أنه إذا كان الأصل أن تمام التمييز وإكتمال الإدراك هو مناط الأهلية لمباشرة الحقوق المدنية، إلا أن هذا المعني إذا ترك على هذا النحو فى التطبيق فإنه يشيع فى المعاملات الفوضي والإضطراب وفى القضاء العنت والإرهاق، اذ يتعين على القاضي أن يبحث فى كل حالة على حدة هل بلغ الشخص فعلاً درجة النضوج التى تؤهله لمباشرة حقوقة المدنية، وهو أمر بالغ الصعوبة، ولذا يلجأ المشرع إلى ترجمة المعني الكيفى لتمام التمييز والإدراك برقم ييسر تطبيق

القاعدة، فيقرر مثلا كما فعل المشرع المصري أن سن الرشد هي احدي وعشرون سنة ميلادية كاملة (م ٢/٤٤ مدني).

فهذه السن هي التى يري المشرع المصري أن الشخص يبلغ فيها تمام النضوج العقلى عادة، وإن كان الواقع أن من الاشخاص من يتوافر له هذه الدرجة من النضوج قبل بلوغ هذه السن ,كما أن منهم من لا يتوافر له هذا النضوج إلا فى وقت لاحق لها ,ولكن المشرع حسم هذا الأمر بوضع هذا الرقم أخذا بالغالب.

والأمثلة على الصياغة بالترقيم كثيرة منها تحديد الحد الأقصي للفائدة التى يجوز الإتفاق عليها فى القانون المصري بنسبة ٧٪ ، ومنها تحديد مدة التقادم المكسب للحق ، وتحديد مدة التقادم المسقط للإلتزام، وتحديد أنصبة الوراثة بنسب معينة تراعي فيها درجة القرابة إلى المورث، وتحديد العقوبات على الجرائم بتقييد الحرية مدة معينة أو بدفع مبلغ من المال كغرامة ... الخ.

٩٥- الشكليات:

يقصد بالشكل ضرورة إفراغ التصرف القانونى فى شكل خارجى معين حتي يترتب عليه أثره القانونى . ويستلزم المشرع الشكل تحقيقاً لغاية معينة هى : أما التنبيه إلى خطورة التصرف، وإما لتيسير إثباته، وإما لإمكان لإحتجاج به على الغير .

ذلك أنه إذا كان الأصل فى القوانين الحديثة هو الأخذ بمبدأ الرضائية فى تكوين العقد، أي الاكتفاء بمجرد التراضى لتمام التصرف والإلزام به، إلا أنه هناك من التصرفات ما قد يكون خطراً على المتصرف . فيقوم المشروع بتنبيه إلى خطورته عن طريق إستلزام إفراغ التصرف فى شكل معين وإلا وقع باطلا، من ذلك هبة العقار ,وفيها يخرج العقار من ملك الواهب دون مقابل، فتطلب المشرع الرسمية أي إبرام التصرف

أمام موظف رسمي مختص حتي يقع العقد صحيحا (م ٤٨٨/١ مدني) .

كذلك قد يقصد بالشكل تيسير الإثبات عن طريق تطلب الكتابة كدليل على إنعقاد التصرف ونشوء الالتزام أو انقضائه، والكتابة لازمة اذا زادت قيمة الإلتزام على خمسمائة جنيها فى القانون المصري (م ٦٠ من قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية) وعلى أربعين ألف ليرة فى القانون اللبناني.

أخيراً قد يقصد بالشكل توفير العلانية للتصرف حتي يمكن الإحتجاج به على الغير أي على غير المتعاقدين، من ذلك ما تنص عليه المادة ١/٥٠٦ من المتقنين المدني المصري من أنه «تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً إعتبارياً، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد إستيفاء إجرءات النشر التى يقررها القانون».

المطلب الثاني

الطرق المعنوية

٩٦- المقصود بالطرق المعنوية :

تقوم الطرق المعنوية على جهد ذهني من جانب المشرع الذى يستخدم اساليب المنطق ويصطنع الفكر تحقيقا للغاية التى يهدف إليها من وضع القاعدة القانونية . ومن الأمثلة على هذه الطرق ما يسمي بالقرائن القانونية، وما يدعي بالافتراضات أو الحيل القانونية .

٩٧- القرائن القانونية :

يقصد بالقرينة القانونية (La présomption légale) استخلاص

أمر مجهول من أمر معلول على أساس غلبة تحقق الأمر الأول، إذا تحقق الأمر الثاني.

ويلجأ المشروع عادة إلى القرائن القانونية فى الحالات التى يري أنه يتعذر أو يستحيل فيها المطالبة بدليل مادي، فيقطع الشك فى شأنها بما يوافق المألوف والغالب فى العمل، من ذلك ما ورد فى الحديث الشريف الولد للفراش ذلك أن اثبات نسب المولود من زوج الوالدة أمر عسير، ولما كان الغالب أن تكون الزوجة مقصورة على زوجها أثناء قيام الزوجية، فيفترض القانون الحمل أثناء الزوجية إنما لإتصال الزوج بزوجته، وعلى هذا الأساس ينسب الولد للزوج، ويعفى من يريد إثبات هذا النسب من إقامة الدليل عليه، اكتفاء باقامة الدليل على واقعة أخري هي حدوث الحمل أثناء فترة الزوجية، وهي واقعة يسهل إثباتها .

ومن الأمثلة على القرائن القانونية كذلك ما يقضي به القانون المدنى من أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط (م٥٨٧ مدنى) . ذلك أن المؤجر لا يقبل عادة إستيفاء القسط الأخير وإعطاء مخالصة إلا إذا استوفي الأقساط السابقة عليه .

ومن هذه القرائن أيضا قرينة إفتراض التقصير فى جانب متولي الرقابة إذا إرتكب القاصر عملا غير مشروع (١٧٣ مدني)، وقرينة افتراض الخطأ فى الحراسة فى جانب حارس الحيوان أو الأشياء الميكانيكية إذا أضرت بالغير (م ١٧٦ –١٧٨ مدنى).

والقرائن القانونية على نوعين بسيطة أو نسبية، وقرائن قاطعة أو مطلقة . والقرنية البسيطة هي التى يجوز اقامة الدليل على عكس ما ورد بها، وهو ما تشير إليه المادة ٤٠٤ من التقنين المدنى المصرى بقولها

القرنية القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخري من طرق الأثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرنية بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

ومن قبيل القرنية البسيطة قرنية «الولد للفراش» فيجوز نقضها باثبات أن الولد ليس ابنا لزوج الوالدة . كما يجوز اثبات أن قسطا معينا من أقساط الأجرة لم يدفع بالرغم من دفع القسط اللاحق له .

أما القرينة القاطعة فهي التى لا يجوز إقامة الدليل على عكسها . ومن قبيل هذه القرائن قرنية الخطأ المفترض فى جانب حارس الحيوان إذا أضر بالغير، فلا يجوز للحارس نفي هذا الخطأ باثبات أنه قام بما ينبغي من العناية حتي لا يقع هذا الضرر .

هذا ويلاحظ الفرق بين القرائن القانونية وبين ما يسمي بالقرائن القضائية . فالقرينة القانونية من صنع المشرع وتكون فى مرحلة صياغة القاعدة القانونية، أما القرنية القضائية فهي من صنع القاضى وتكون فى مرحلة تطبيق القاعدة القانونية . فالقاضى كثيراً ما يستخلص فى صدد نزاع معروض عليه – من بعض الوقائع الثابتة – عناصراً لتكوين رأية تتفق والغالب فى العمل، كاستخلاص صورية البيع أو صورية الثمن من قيام علاقة الزوجية بين البائع والمشتري مثلا.

٩٨- الحيل أو الافترضات القانونية:

يقصد بالحيل أو الافتراضات القانونية(Les fictions Juridiques) الباس الزيف والخيال ثوب الحقيقة والواقع، لتحقيق أثر قانوني معين، ما كان ليتحقق لولا هذا الافتراض الكاذب.

وظاهر وجه الاختلاف بين القرينه القانونية والحيله أو الافتراض القانونية . فالقرينة تقوم على التسليم بما يجري به الغالب من الأمور وفقا لطبيعة الأشياء، أما الحيلة القانونية فتقوم من بادئ الأمر على زيف صناعي تتطلبه الضرورة أحيانا.

ومن الأمثلة على الحيل القانونية نظام الموت المدنى الذى كان معروفا فى الشرائع القديمة ,وبمقتضاه كان يفترض موت الشخص رغم بقائه على قيد الحياة، وكان يترتب على هذا الإفتراض إنهاء الشخصية وما يجر ه هذا الإنهاء من نتائج معينة .

ومن هذه الحيل أيضا فكرة العقارات بالتخصيص، وهي منقولات بطبيعتها تخصصها إرادة المالك لخدمة العقار أو إستغلاله كآلات الزراعة والماشية التى يخصصها مالك الأرض لخدمتها وزراعتها . وبمقتضي هذا الافتراض لا يجوز الحجز على هذه المنقولات وفقا لإجراءات حجز المنقول، كما لا يجوز التنفيذ عليها مستقلة عن الأرض المخصصة لخدمتها حماية لهذا النوع من الاستغلال .

كذلك يعتبر من قبيل الحيل القانونية مبدأ إفتراض علم الكافة بالقانون وعدم جواز الإعتذار بجهله . فهذا المبدأ يفترض – خلافا للواقع – علم كل فرد فى الدولة بالقانون الصادر، لتفويت فرصة التذرع بالجهل به، وتحقيقا للمساواة بين الجميع فى تطبيق القانون.

واذا كانت الحيل أو الافتراضات القانونية قد قامت بدور هام فى الشرائع القديمة، إلا أن الأمر قد تغير الآن بالنسبة لها، فجميع النظم القانونية الحديثة لا تلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوي ولتحقيق غاية معينة لا يجب تجاوزها، نظراً لأنها من قبيل الصياغة البعيدة بل والمخالفة للواقع .

الفصل الثاني
مصادر القاعدة القانونية

٩٩- المصادر المادية والمصادر الرسمية:

يقصد بالمصادر المادية للقاعدة القانونية مجموعة العوامل التى تتدخل فى تكوين القاعدة وتحديد مضمونها، وهو ما سبق أن تناولناه بالبحث عند دراسة تكوين القاعدة القانونية.

وهذه العوامل، كما نعلم، قد تكون اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية أو دينية أو أخلاقية، أو غير ذلك من العوامل التى تحيط بالبيئة والجماعة.

كذلك يقصد بالمصادر المادية الأصل التاريخى أو ما يسمى بالمصدر التاريخى للقاعدة القانونية، فالقانون الرومانى يعتبر أصلاً تاريخيا للقانون الفرنسى، كما أن القانون الفرنسى والشريعة الأسلامية وكذا القانون الجرمانى تعتبر مصادر تاريخية للقانون المدنى المصرى الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ .

أخيراً يعتبر الآن من المصادر المادية الفقه والقضاء. ويقصد بالفقه مجموعة الآراء التى تدين بها غالبية أو الشراح.

ويقصد بالقضاء مجموعة المبادئ العامة التى تستخلص من أحكام

المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يطرح عليها من أقضية للفصل فيها.

ويطلق الآن على الفقه والقضاء إسم المصادر التفسيرية لأنهما يسهمان فى توضيح القاعدة القانونية وإزالة ما بها من غموض أو لبس.

أما المصادر الرسمية، وتسمى كذلك بالمصادر الشكلية، فتتمثل فى الوسائل التى بها يتوافر للقاعدة القانونية صفة الإلزام، ويأتى التشريع فى الوقت الحاضر فى مركز الصدارة بالنسبة لهذه المصادر فى غالبية الدول ومنها مصر ولبنان.

١٠٠- تطور المصادر الرسمية:

ذكرنا أن التشريع يحتل الآن مركز الصدارة بالنسبة للمصادر الرسمية، غير أن الأمر لم يكن كذلك فى الماضى، وهو ليس أيضا كذلك فى جميع الدول.

ففى الماضى، وفى الجماعات الأولي، وقبل نشوء الدولة وقيام السلطة التشريعية، كان العرف هو المصدر الرسمى للقانون. والعرف يستمد مما تواضع عليه الناس فى تنظيم علاقاتهم الاجتماعية، بحيث اعتقدوا لزوم القواعد التى اعتادوا عليها فى هذا الشأن.

ويلى العرف الدين، فقد كان الدين مصدراً رسمياً لكثير من القواعد القانونية، لأن من الأديان ما تناول بالتنظيم مسائل المعاملات بجانب مسائل العبادات. غير أن دور الدين أخذ يتضاءل فى المجتمعات الحديثة بحيث أصبح مصدرا ماديا لكثير من القواعد التشريعية.

كذلك كان للفقه والقضاء دورهما كمصدرين رسميين للقانون فى الشرائع القديمة، أما الآن فيعتبران (مع تحفظ بالنسبة للقضاء) مصدرا تفسيريا له.

ومع تقدم المجتمعات الحديثة وزيادة العلاقات الاجتماعية فيها، نتيجة لإطراد مطالب الحياة وتنوعها وتشعبها، أصبح التشريع هو الوسيلة الأكثر يسراً والأسرع فى إنشاء القاعدة القانونية، وترتب على ذلك أن أصبح له الصدارة بالنسبة لغيره من المصادر الرسمية.

١٠١- المصادر الأصلية والمصادر الاحتياطية:

تختلف المصادر الرسمية تبعاً لإختلاف مركزها، فما يأتى منها فى الصادرة يطلق عليه إسم المصادر الأصلية، وما يليها فى المرتبة يسمى بالمصادر الاحتياطية.

وقد رتب المشرع المصرى المصادر الرسمية عند وضع الأحكام التمهيدية للتقنين المدنى، ولما كان هذا التقنين يعتبر بمثابة الأصل بالنسبة لباقى فروع القانون الخاص، فيكون الترتيب المنصوص عليه فى المادة الأولى من هذا التقنين ترتيبا عاما يراعى أيضا بالنسبة لهذه الفروع.

وتنص المادة السالفة الذكر على أنه: «١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة».

ومعنى ورود المصادر الرسمية للقانون فى هذه المادة على هذا النحو التنازلى، أن يعتبر التشريع هو المصدر الأصلى الذى يتعين على القاضى الالتجاء اليه أولا، وألا يعدل عنه إلى غيره الا اذا سكت عن معالجة

موضوع معين أو أحال فى شأنه إلى مصدر آخر، أو بعبارة أخرى يعتبر التشريع هو المصدر الأصلى، أما ما عداه فمصادر احتياطية لا يرجع اليها القاضى إلا إذا أعوزه فى التشريع الحكم الواجب التطبيق.

غير أنه لما كان القانون المدنى، كما سبق أن ذكرنا، لا يتعرض بالتنظيم إلا للمعاملات المالية، ويترك مسائل الأحوال الشخصية لأحكام الدين والملة، فان المصادر الرسمية فى هذه المسائل هى التشريع والدين. وإذا كانت معظم أحكام التشريع فى هذا الخصوص مستمدة من الدين وعلى الأخص من الشريعة الاسلامية، إلا أن هذا لا يعنى تقديم الدين على التشريع فى الترتيب، بل يتعين على القاضى حتى فى مسائل الأحوال الشخصية الرجوع إلى التشريع أولا، فان لم يجد فيه حلا للنزاع المعروض عليه، رجع إلى الدين. ولا يقصد بالدين هنا الدين الاسلامى فحسب، بل يقصد به كذلك الأديان السماوية الأخرى وهى المسيحية واليهودية.

هذا فيما يتعلق بالقانون المصرى، أما القانون اللبنانى فقد جاء خلوا من نص يحدد ويرتب المصادر الرسمية، وإن كان يمكن القول بصفة عامة أن الترتيب المعمول به فى القانون المصرى، من الممكن الأخذ به فى القانون اللبنانى كذلك.

ففى مسائل المعاملات المالية يأتى التشريع فى الصدارة كمصدر أصلى، ثم يليه العرف كمصدر إحتياطى، فإن لم يجد القاضى حلا فى التشريع أو العرف، تعين عليه الالتجاء إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

أما مبادئ الشريعة الاسلامية التى تلى العرف كمصدر إحتياطى فى القانون المصرى، فلا يؤخذ بها فى القانون اللبنانى لعدم ورود نص

خاص فى شأنها.

وفى مسائل الأحوال الشخصية تكون المصادر الرسمية على الترتيب هى التشريع والدين كما فى القانون المصرى. ويقصد بالدين الأديان السماوية المعترف بها كما فى ذلك القانون أيضا، أى الإسلام والمسيحية واليهودية.

١٠٢- تقسيم:

سنتبع فى دراستنا لمصادر القانون، البحث فى المصادر الرسمية أولا، والكلام فى المصادر التفسيرية ثانيا.

الفرع الاول

المصادر الرسمية

١٠٣- بيان هذه المصادر:

رأينا أن المصادر الرسمية تنقسم إلى مصادر أصلية وأخرى احتياطية. وعلى هذا سنبدأ بدراسة المصدر الأصلى وهو التشريع، ثم نعرض بعد ذلك للمصادر الاحتياطية وهى الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، والعرف، ومبادئ الشريعة الاسلامية، وأخيراً مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

المبحث الاول

المصدر الاصلي

التشريع

La législation

١٠٤ - تقسيم

سنتناول فى دراستنا للتشريع المسائل الآتية: أولا – التعريف

بالتشريع وخصائصه، ثانيا- أنواع التشريع، ثالثا- سن التشريع ونفاذه، رابعا - التقنين.

المطلب الاول

التعريف بالتشريع وخصائصه

١٠٥- التعريف بالتشريع:

التشريع هو التعبير بواسطة السلطة المختصة عن القواعد القانونية. ويتم هذا التعبير فى ألفاظ معينة، ولذا يطلق على القواعد القانونية التى مصدرها التشريع إسم القانون المكتوب، لأن معناها مصاغ فى قالب مدون مسطور وهو فى هذا يفترق عن العرف الذى يطلث عليه إسم القانون غير المكتوب، لأن العرف كما سنرى يستخلص من إتباع وتكرار الجماعة لقاعدة سلوك معينة مع الإعتقاد بلزومها، ولذا غالبا ما يعتريه الغموض ويكتنفه الإبهام.

وبجانب المعنى السالف لكلمة التشريع، فقد يقصد به معنا آخر هو مجموعة القواعد القانونية المنظمة لموضوع ما كتشريع العمل مثلا.

١٠٦- مزايا التشريع:

للتشريع مزايا عدة يمكن اجمالها فيما يلى:

أولا – أن التشريع وهو يرد فى نصوص مكتوبة يمتاز عادة بالوضوح، لأن هذه النصوص يتم صياغتها من قبل جماعة متخصصة، وبذا يسهل التعرف على القاعدة القانونية من قبل الجميع مما يحقق الأمن المدنى وإستقراره.

ثانيا – أن السهولة التى يمكن أن يتم بها وضع التشريع أو تعديله أو إلغاءه تمكن الشارع من مواجهة التغييرات الإجتماعية أو الإقتصادية

فى الجماعة على نحو يمكن القانون من القيام بوظيفته الإجتماعية.

ثالثا – أن التشريع يحقق وحدة القانون فيها لأنه يسرى بمفهوم واحد على جميع أنحائها، بخلاف العرف الذى كثيراً ما يختلف من جهة إلى جهة أخرى فى نفس الدولة.

رابعا – أن التشريع لا يقتصر على تنظيم الحياة الإجتماعية كما يريدها الأفراد. بل هو وسيلة لإصلاح الجماعة عن طريق إدخال نظم أو مبادئ يرى المفكرون فيها خيرا وفلاحا لأوطانهم.

١٠٧- عيوب التشريع:

على الرغم من المزايا السالفة الذكر التى يتمتع بها التشريع ويفضل بها غيره من مصادر القانون، فقد عيب عليه إتصافه بالجمود، لأن صياغته فى ألفاظ محددة تقعد به عن التطور ومجاراة التغييرات الحادثة فى الجماعة، وفى هذا يبزه العرف، إذ بفضل مرونته ونبوعه من حاجات الجماعة، فإنه يسهل مسايرته للتطورات الإجتماعية والإقتصادية التى قد تطرأ عليها.

كذلك عيب على التشريع أنه قد يأتى غير ملائم لظروف الجماعة وضميرها، لأنه من عمل سلطة مختصة قد ترى فرضه على الجماعة.

غير أن أوجه النقد هذه تتضاءل فى الواقع إذا تذكرنا السهولة التى يصدر بها التشريع لمواجهة حاجات المجتمع ومتغيراته الإجتماعية والإقتصادية، وأن صدور شريع مخالف لما تستشعره الجماعة أمر نادر الحدوث.

المطلب الثاني
أنواع التشريع

١٠٨- تدرج التشريعات من حيث القوة:

هناك ثلاثة أنواع من التشريعات تتدرج من حيث القوة، فيأتى فى القمة التشريع الأساسى أى الدستور، ثم يليه فى المرتبة التشريع العادى أى التشريع الرئيسى. وفى النهاية يأتى التشريع الفرعى.

وهذا التدرج فى القوة تترتب عليه نتيجة هامة هى وجوب عدم مخالفة تشريع أدنى لتشريع أعلي، فلا يجوز أن يصدر التشريع العادى مخالفاً للتشريع الأساسى، ولا يجوز أن يأتى التشريع الفرعى مخالفا للتشريع العادى أو التشريع الأساسى، فإذا حصل تعارض بين تشريعين متفاوتين فى المرتبة وجب بطبيعة الحال تغليب التشريع الأعلي، والسلطة المختصة بمراقبة صحة التشريعات من حيث الشكل والموضوع هى السلطة القضائية.

١٠٩- التشريع الأساسي:

التشريع الأساسى للدولة هو الدستور، والدستور كلمة فارسية معناها الأساس أو القاعدة.

والدستور هى أساس كل السلطات، وإليه تستند الهيئات العامة، ويمتاز عن بقية أنواع التشريع بأنه يصدر من سلطة مغايرة للسلطة التشريعية العادية. فقد يكون الدستور منحة من الحاكم، وقد يتم عن طريق إتفاق الحاكم والشعب أى يتم فى شكل عقد بينهما، وقد تضعه جمعية وطنية تأسيسية ينتخبها الشعب لهذا الغرض، وقد يضعه الشعب نفسه

عن طريق الإستفتاء، أخيراً قد ينشأ الدستور بحكم العادة والتقاليد ويكتسب قوته الإلزامية بحكم العرف كالدستور الإنجليزى.

هذا عن طريقة نشأة الدستور، أما عن طريقة تعديله فتنقسم الدساتير فى هذا الشأن إلى قسمين: دساتير مرنة ودساتير جامدة.

والدستور المرن هو الذى يمكن تعديله عن طريق التشريع العادى الذى تصدره السلطة التشريعية، كالدستور الانجليزى.

والدستور الجامد هو الذى يتعين لإمكان تعديله إتباع اجراءات معينة لا تتبع بالنسبة العادى للتشريع كالدستور المصرى والدستور اللبنانى. وجمود الدستور يجنبه كثرة التعديلات ويكفل له الثبات والاستقرار.

١١٠- التشريع الرئيسي:

التشريع الرئيسى أو التشريع العادى هو الذى تضعه السلطة التشريعية فى حدود اختصاصها المبين فى الدستور. ويطلق على التشريع العادى إسم القانون (La Ioi)، ويقصد بكلمة القانون هنا مجموعة القواعد التشريعية التى تضعها الهيئة النيابية. وسنتناول فيما بعد كيفية سن القانون أى التشريع العادى.

١١١- التشريع الفرعي:

التشريع الفرعى هو التشريع الذى تصدره السلطة التنفيذية بمقتضى الإختصاص المخول لها فى هذا الشأن فى الدستور فى حالات معينة. وهذا الإختصاص التشريعى - الذى يخرج بالسلطة التنفيذية عن

مهمتها الأصلية وهى تنفيذ القانون - يعتبر إختصاصا أصلياً تمارسه فى الحالات المنصوص عليها فى الدستور حتى مع وجود السلطة التشريعية. ويطلق على هذا النوع من التشريع فى مصر إسم اللائحة. أما فى لبنان فيطلق عليهم إسم مراسم تنظيمية أو مراسم عامة أو أنظمة ادارية.

واللوائح على أنواع ثلاثة هى: لوائح تنفيذية، ولوائح تنظيمية، ولوائح ضبط.

فأما اللوائح التنفيذية فهى ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنفيذ القانون العادى الصادر عن السلطة التشريعية، ذلك أن القانون العادى كثيراً ما يقتصر على القواعد العامة، ويترك النواحى التفصيلية التى تقتضيها التطبيق للسلطة التنفيذية، لأنها أقدر على تعرفها بحكم اتصالها بالجمهور من السلطة التشريعية.

وإذا كان الغرض من اللائحة التنفيذية هو تنفيذ القانون، فيجب بطبيعة الحال ألا تتضمن تعديلاً أو إلغاءً لقاعدة فيه.

أما اللوائح التنظيمية فهى التشريعات التى تسنها السلطة التنفيذية لتنظيم وترتيب المصالح والهيئات العامة بحكم اختصاصها فى ادارة هذه المصالح والهيئات.

أما لوائح الضبط فهى القواعد التى تضعها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على الأمن وكفالة السكينة وحماية الصحة العامة كلوائح المرور المنظمة للمحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة.

المطلب الثالث

سن التشريع ونفاذه

١١٢- سن التشريع:

نقتصر هنا في الكلام على دراسة التشريع العادى الذى تختص بوضعه السلطة التشريعية.

ويحتاج سن التشريع لمراحل عدة هى:

أولاً – إقتراح التشريع، وإقتراح التشريع بمعنى عرضه على الهيئة النيابية حق لرئيس الجمهورية ولأى عضو من أعضاء المجلس النيابى.

ثانيا – التصويت على التشريع، ويتم هذا التصويت بعد مناقشة المجلس لمشروع القانون. ولا يجوز للمجلس النيابى إتخاذ قرار فى شأن مشروع القانون إلا إذا حضر الجلسة أغلبية الأعضاء. والأصل أن يصدر قرار المجلس بالأغلبية المطلقة لعدد الحاضرين إلا إذا اشترط فى موضوع معين أغلبية خاصة وبديهى أنه عند تعادل الأصوات يعتبر المشروع مرفوضاً.

ثالثا – عدم إعتراض رئيس الجمهورية، ذلك أن لرئيس الجمهورية حق الإعتراض على مشروعات القوانين التى يقرها المجلس النيابى، والغرض من هذا الإعتراض هو حمل المجلس على مراجعة قراره والعدول عن مشروع القانون.

وإعتراض رئيس الجمهورية يجب أن يتم فى خلال ثلاثين يوما من

تاريخ إبلاغ المجلس إياه، فإذا لم يرد مشروع القانون إلى المجلس قبل نفاذ هذا الميعاد أو رده فى خلاله وأقره المجلس مرة أخري، بموافقة ثلثى أعضائه وفقا للدستور المصرى [1]، أو بموافقة أغلبية أعضائه وفقاً للدستور اللبنانى[2]، إعتبر قانونياً وأصدر.

هذا ويلاحظ أنه إذا كان الأصل أن إختصاص سن التشريع العادى هو من حق السلطة التشريعية، إلا أنه فى حالات إستثنائية تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى القيام بهذا العمل. وهذه الحالات هى: حالة الضرورة، وحالة التفويض، وحالة الإستعجال فى الدستور اللبنانى دون الدستور المصرى.

١١٣- حالة الضرورة:

عرض الدستور المصرى فى المادة ١٤٧ منه لسلطة رئيس الجمهورية فى سن القوانين أى التشريعات العادية فى حالة غياب المجلس النيابى أما بسبب حله أو بين أدواره انعقاده، فقرر أنه: إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون.

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض فى أول إجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته. فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان

(١) راجع المادتين ١١٢و١١٣ من الدستور المصرى (١٩٧١).

(٢) راجع المادة ٥٧ من الدستور اللبنانى.

لهـا من قوة القانون، دون حـاجة إلى إصدار قرار بذلك. وإذا عـرضت ولم يقـرها المجلس، زال بأثر رجعى مـا كـان لهـا من قـوة القـانون، إلا إذا رأى المجلس إعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر.

والسلطة التى يتولاها رئيس الجمهورية فى هذا الشأن سلطة مقيدة لأنه يتولاها بإعتباره رئيسا للسطلة التنفيذية، ولذا لا يجوز له مباشرتها إلا إذا دعت الضـرورة إلى ذلك فى غيبـة المجلس النيابى، كما أنه يتـعين عرض القرارات الصادرة على المجلس لاقرارها فى أقرب فرصـة على التـفصـيل السابق الذكر، ولذا تسمى هذه التشريعات بتشريعات الضرورة.

وإذا كان الدستور اللبنانى لم ينص على هذه الحالة، إلا أن الفقه يتجه إلى إمكان صدور مراسيم لها قوة القانون فى حالة غياب مجلس النواب إذا جد من الأمور ما لا يحتمل التأخير.

١١٤- حالة التفويض:

قد تدعو الحاجة أو المصلحة إلى قيام المجلس النيابى بتفويض رئيس الجمهورية فى سن القوانين فى مسائل معينة، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لفرض الضرائب أو الرسوم، إذ قد تقضى المصلحة كتمان تفاصيلها لمنع التهرب منها.

وقد تعرض الدستور المصرى فى المادة ١٠٨ منه لهذه الحالة فقرر أنه لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى اعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون. ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تبين

فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها.

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد إنتهاء مدة التفويض، فاذا لم تعرض، أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها، زال ما كان لها من قوة القانون.

وظاهر من هذا النص أن المشرع حرص على إحاطة تفويض رئيس الجمهورية فى سن القوانين بقيود عدة هى: (١) أن هذا التفويض لا يكون إلا عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية. (٢) أن يصدر التفويض من المجلس بأغلبية ثلثى أعضائه لا بأغلبية ثلثى الحاضرين. (٣) أن يكون التفويض لمدة محددة. (٤) أن يتضمن التفويض بيان الموضوعات التى يتم التفويض في شأنها والأسس التى تراعى عند إصدار القرارات فيها. (٥) أن تعرض على المجلس فى أول جلسة بعد إنتهاء مدة التفويض فإذا لم تعرض أو لم يوافق عليها زال ما كان لها من قوة القانون.

وإذا كان الدستور اللبنانى لم يتضمن نصا فى شأن التفويض، إلا أن العرف قد جرى على قيام مجلس النواب بتفويض الحكومة فى إصدار مراسيم تسمى بالمراسيم الاشتراعية لمواجهة حالة إستثنائية عاجلة.

١١٥- حالة الاستعجال في القانون اللبناني:

تنص المادة ٥٨ من الدستور اللبنانى على أن «كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلاً بموافقة مجلس الوزراء مشيرة إلى ذلك بمرسوم الإحالة، يمكن لرئيس الجمهورية بعد مضى أربعين يوماً من طرحه على

المجلس دون أن يبت به أن يصدر مرسوما قاضيا بتنفيذه بعد موافقة مجلس الوزراء».

وظاهر أن هذا النص قد جاء مخالفاً للأوضاع الدستورية المألوفة، لأنه يعطى السلطة التنفيذية حق نزع التشريع من السلطة التشريعية وهى الأصلية، ولذا فقد إنتقده الفقهاء.

١١٦- نفاذ التشريع:

يتوافر للتشريع أياً كان نوعه وجوده القانونى إذا تم سنه بمعرفة السلطة المختصة. ولكن الوجود القانونى للتشريع لا يعنى نفاذه. بل لابد لكل يصبح نافذا من أن يمر بمرحلتين: الأولى مرحلة الإصدار La Promulgation والثانية مرحلة النشر (La Publication).

١١٧- الإصدار:

الإصدار هو شهادة من السلطة التنفيذية بمولد القانون الجديد، وأمر صادر من رئيسها إلى عمالها بتنفيذه كتشريع من تشريعات الدولة. وسلطة إصدار التشريع من اختصاص رئيس الجمهورية.

١١٨- النشر:

النشر عملية الغرض منها تمكين كل فرد من الإطلاع على التشريع. وعملية النشر هذه واجبة بالنسبة لكل أنواع التشريع، سواء أكان تشريعاً أساسياً أم تشريعاً رئيسياً أم تشريعاً فرعياً، حتى يتمكن الناس من العلم به، وإلا يكون فى تطبيقه مفاجأة لهم.

والطريقة المعتمدة لإفتراض هذا العلم هى نشر التشريع فى الجريدة الرسمية للدولة، ولا تغنى عن هذه الطريق أية طريقة أخرى كالنشر فى الصحف أو بطريق الإذاعة، بل أن العلم بالتشريع لا يغنى عن العلم القانونى المستفاد من النشر فى الجريدة الرسمية، ولا إستثناء لهذه القاعدة فى القانون المصرى.

أما فى القانون اللبنانى فيجوز فى حالة الضرورة النشر بوسيلة أخرى من وسائل الإعلام الأخرى (١) .

هذا ويجب نشر التشريع فى خلال مدة معينة مع تحديد ميعاد نفاذه، والى هذا أشارت المادة ١٨٨ من الدستور المصرى بقولها «تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال اسبوعين من يوم اصدارها، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها، الا اذا حددت لذلك ميعاد آخر».

أى أن مدة الشهر يجوز اطالتها أو تقصيرها، بل إن المصلحة قد تقضى أحياناً بالنص على أن يبدأ نفاذ التشريع من تاريخ نشره.

المطلب الرابع

التقنين

١١٩- المقصود بالتقنين:

تنقسم القوانين التى تضعها السلطة التشريعية إلى نوعين: أحدهما

---

(١) المادة الاولي، فقرة ثالثة من المرسوم الاشتراعى رقم ٩ بتاريخ ١٩٣٩/١١/٢١ المضافة بالمرسوم الاشتراعى رقم ١٦ بتاريخ ١٩٣٤/٤/١٣ .

وهو الغالب فيعرض بالتنظيم لموضوع معين بالذات كقانون ايجار الأماكن، وقانون الإصلاح الزراعى مثلا، وثانيهما يتناول فرعاً معيناً من فروع القانون، يقوم المشرع بتجميع قواعده وترتيبها فى أبواب وفصول ... الخ ويطلق على هذا التجميع إسم التقنين، كالتقنين المدنى والتقنين التجارى مثلاً. وقد كان يطلق على هذا التجميع قديما إسم المجموعة، ويقترح المجمع اللغوى فى مصر إطلاق اسم المدونة عليه.

وعلى ذلك يمكن تعريف التقنين بأنه تجميع رسمى للقواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون. وإذا قلنا تجميع رسمى فمعنى ذلك نفى صفة التقنين عن كل تجميع غير رسمى يقوم به أحد الفقهاء.

١٢٠- مزايا التقنين:

لما كان التقنين صورة من صور التشريع فانه يتمتع بالتالى بكافة المزايا التى يحققها التشريع والسابق الاشارة اليها.

إلا أنه بجانب هذه المزايا المشتركة بين التقنين وأى تشريع آخر، فان للتقنين مزايا أخرى تترتب على تجميع القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون فى مدونة واحدة. من ذلك تضاؤل إحتمالات التضارب أو التعارض أو التكرار بين القواعد القانونية المتعلقة بفرع القانون الذى يضمه التقنين، وهو ما قد يحدث عندما تتفرق القواعد القانونية فى قوانين متعددة تتناول موضوعا واحداً، ومنها السهولة التى يوفرها للباحث عند الرجوع إليه لمعرفة حكما أو قاعدة معينة، فالتجميع يغنى الباحث عن الرجوع إلى تشريعات متعددة متناثرة يتطلب البحث فيها جهداً ووقتاً طويلاً، أخيراً وليس آخراً فان التقنين يساعد على حركة توحيد

النظم القانونية بين الدول التى تجمعها روابط مشتركة كروابط الأصل واللغة والدين والتاريخ، من ذلك ما حدث بعد وضع التقنين المدنى المصرى من تماثل وتشابه بين أحكامه وبين تقنينات كل من سوريا والعراق وليبيا والسودان فى هذا الموضوع.

١٢١- عيوب التقنين:

أخذ البعض الفقهاء على التقنين أنه يؤدى إلى الجمود والقعود عن ملاحقة التطور، لأن الجهد الكبير المبذول فى وضعه يؤدى إلى إحاطته بنوع من القدسيه والمهابة تحول دون المساس به سواء بالتعديل أو التغيير إلا عند الضرورة القصوي، وهو ما إستشعره الشراح فى فرنسا بعد وضع التقنينات الفرنسية المعروفة بإسم مجموعات نابليون، خاصة فى السنوات الأولى لذلك. وقد ترتب على هذا النظر أن ظهرت مدرسة الشرح على المتون التى دعت إلى تفسير النصوص تفسيرا لفظيا للوقوف على نية المشرع وقت اعدادها.

واذا كان البعض من الشرح فى ألمانيا قد دعوا إلى محاكاة فرنسا فى مضمار التقنين إعجاباً منهم بهذا العمل، إلا أن هذه الدعوة لقيت معارضة شديدة من البعض الآخر وخاصة من العلامة «سافينى» الذى عاب على التقنين اتصافه بالجمود، ودعا إلى مذهبه التاريخى، الذى يرى أن القانون ينشأ ويتطور تلقائياً فى ضمير الجماعة مع تطور الظروف الإجتماعية المحيطة بها، ولذا كان يرى فى العرف المصدر الأصيل المعبر عن إرادة الجماعة. وقد ترتب على هذه المعارضة تأخر وضع التقنينات الألمانية حتى مطلع هذا القرن.

وإذا كان فى النقد السالف للتقنين نصيبه من الصحة إلا أنه يجب

ألا نغالى فيه، ذلك أن الجهد الضخم الذى يبذل فى وضع التقنين وان كان يوفر له فترة طويلة من البقاء دون حاجة إلى تعديل، إلا أن هذا لا يمنع المشرع من التدخل لسد النقص فيه أو تعديله اذا دعت الحاجة إلى ذلك. وقد تدعو الحاجة إلى إستبدال تقنين جديد بتقنين قديم.

كذلك فان الاعجاب بالتقنين لا يمكن أن يقف حائلاً دون الإجتهاد فى تفسير نصوصه على ضوء الظروف الإجتماعية المستجدة بما يحقق العدالة، وهو ما يوفره الفقه متعاوناً فى ذلك مع القضاء.

١٢٢- إنتشار حركة التقنين:

ترتب على صدور التقنينات الفرنسية أن إنتشرت حركة التقنين وإمتدت إلى دول كثيرة منها مصر ولبنان.

وقد بدأت حركة التقنين فى مصر عند إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥، فوضعت ستة تقنينات نقلت مع شيء من الخلاف عن التقنينات الفرنسية، وهذه هى التقنين المدنى، وتقنين المرافعات، والتقنين التجارى، والتقنين البحرى، وتقنين العقوبات، وتقنين تحقيق الجنايات.

وعندما أنشئت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ وضعت لها ستة تقنينات أخرى تكاد تكون مطابقة للتقنينات المختلطة، مع ملاحظة أن مسائل الأحوال الشخصية ظلت بمعزل عن التقنين المدنى، ولا تزال حتى الآن.

وقد كشف العمل فيما بعد عن عيوب هذه التقنينات نظراً للسرعة غير الطبيعية التى إتسم بها وضعها. وكان أول ما نقح من التقنينات الأهلية هو تقنين العقوبات وتقنين تحقيق الجنايات وتم ذلك فى سنة ١٩٠٤، ثم أعيد تنقيح التقنينين مرة أخرى سنة ١٩٣٧ مع تقنينى العقوبات

وتحقيق الجنايات المختلطين وذلك فى أعقاب اتفاقية منترو.

ولما ألغيت المحاكم المختلطة وإستردت مصر سيادتها التشريعية والقضائية الكاملة على الأجانب بدأت حركة مراجعة شاملة للتقنينات المصرية، فإستبدل بالتقنين المدنى تقنين جديد صدر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨، كما إستبدل بتقنين المرافعات تقنين جديد صدر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٤٩ ثم أعيد النظر فيه مرة أخرى وصدر بعد تعديله سنة ١٩٦٨، كذلك صدر فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٥٠ تقنين جديد للاجراءات الجنائية، كما صدر قانون للاثبات سنة ١٩٦٨ جمع فيه القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية، ولم يعد باقيا من التقنينات القديمة إلا التقنين التجارى والتقنين البحرى، وأن كانت محاولة تغييرهما كذلك قد أشرفت على الإنتهاء.

وفى لبنان صدرت – بعد إنفصالها عن الدولة العثمانية – كثير من القوانين والقرارات التشريعية المستمدة فى مجموعها من القانون الفرنسى والقوانين الأوروبية الحديثة.

فوضع القانون المدنى وهو مكون من «مجموعتين أحدهما مجموعة القوانين العقارية»التى تضم القرارات المتعلقة بتحديد وتحرير العقارات والسجل العقارى وقانون الملكيه العقاريه، والآخر قانون الموجبات والعقود.

كذلك صدور قانون التجارة والقانون البحرى، وقانون العقوبات، وقانون أصول المحاكمات الجزائية، وقانون أصول المحاكمات المدنية، وجميعها قد أخذت شكل التقنينات عدا مجموعة، القوانين العقارية (١).

---

(١) جاءت مجموعة القوانين العقارية على هيئة قرارات مستقلة منها =

المبحث الثاني

المصادر الاحتياطية

١٢٣- تحديد هذه المصادر:

سبق أن ذكرنا أن المصادر الاحتياطية للقانون هى: الدين فى مسائل الأحوال الشخصية، والعرف، ومبادئ الشريعة الإسلامية فى مسائل المعاملات المالية فى القانون المصرى دون القانون اللبنانى، وأخيراً مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة. وسنعرض لكل مصدر من هذه المصادر.

المطلب الاول

الدين

١٢٤- الدين كمصدر رسمي للقانون:

من الأديان ما لا يقتصر على تنظيم علاقة الإنسان بخالقه، أو علاقته بنفسه، بل يتناول أيضا علاقته بغيره، أى ينظم معاملاته مع بنى جنسه. وبذا تتناول أحكامه بجانب العقائد والعبادات مسائل المعاملات، كالدين الاسلامى والدين اليهودى.

القرار رقم ١٨٦ لسنة ١٩٢٦ بشأن تحديد وتحرير العقارات، والقرار رقم ١٨٨ بشأن إنشاء السجل العقارى، والقرار رقم ١٨٩ بشأن التفصيلات المتعلقة بتنفيذ القرار رقم ١٨٨ المختص بإنشاء السجل العقارى، والقرار رقم ٣٣٣٩ سنة ١٩٣٠، الخاص بقانون الملكية العقارية.

أما الدين المسيحى فقد إتجه أساساً إلى كل ما يتعلق بالعقيدة ولم يتناول من مسائل المعاملات إلا النذر اليسير، ولذا قام رجاله بوضع ما يسمى «بالقانون الكنسى» لتنظيم مسائل الزواج والميراث وغيرهما من مسائل الأحوال الشخصية، مهتدين في عملهم بروح الديانة المسيحية. وقد كان الفصل فى هذه المسائل من إختصاص القضاء الكنسى، وإستمر كذلك حتى ضعفت سلطة الكنيسة وقوى سلطان الدولة وأصبح القضاء فى جميع هذه الامور من اختصاص المحاكم المدنية، وهى تطبق قانوناً مستمداً من مبادئ القانون الرومانى، وان ظل للقانون الكنسى أثره فيما يتعلق بأمور الزواج للاعتقاد بأن رباط الزوجية رباط دينى كما هو رباط قانونى.

١٢٥- الدين كمصدر رسمي للقانون في مصر:

ظلت الشريعة الإسلامية المصدر الرسمى الأول للقانون فى سائر البلاد العربية حتى عهد قريب. ففى مصر ومنذ الفتح الإسلامى إلى عهد أسرة محمد على كانت الشريعة الغراء هى القانون الواجب التطبيق بالنسبة لجميع الأشخاص وفى كافة المجالات، ما تعلق منها بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية وإن خضع غير المسلمين فى مسائل الأحوال الشخصية لقانون الملة.

وقد ساعد على هذا الوضع المرموق للشريعة الإسلامية أنها من ناحية قد تناولت بالتنظيم كافة شئون المعاملات، وأنها من ناحية أخرى لم تتعرض لمنافسة أى قانون آخر كالقانون الرومانى.

وإستمر هذا الوضع المزدهر بالنسبة للشريعة الإسلامية حتى قفل

باب الإجتهاد فوقف تطور الشريعة. وإقتصر رجال الفقه على تقليد أئمة المذاهب الأربعة.

وقد أدى هذا الجمود وقصور القواعد السائدة عن مواجهة حاجات العصر ومتطلباته أن بدأ نفوذ القانون الفرنسى ينتشر فى مصر، فوضعت بعض التشريعات المستمدة من هذا القانون، كقانون التجارة وبعض قواعد القانون الجنائى.

ولما أنشئت المحاكم المختلطة فى عام ١٨٧٥، ثم المحاكم الأهلية فى عام ١٨٨٣، تتابع صدور القوانين الوضعية وهى القانون المدنى والقانون التجارى وقانون المرافعات والقانون الجنائى وقانون تحقيق الجنايات. وجميع هذه القوانين مستمدة من القانون الفرنسى، ولم تأخذ من الشريعة الإسلامية الا النذر اليسير من الأحكام فى مسائل الشفعة وبيع المريض مرض الموت والغبن وبعض موضوعات البيع والإيجار. وبذلك تبدل موقف الشريعة الاسلامية فى هذا المجال من مصدر رسمى إلى مصدر تاريخى لما إستمد منها من قواعد فى هذه القلة من المواضيع.

غير أن الشريعة الإسلامية ظلت مصدراً رسمياً بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ولبعض موضوعات المعاملات المالية التى لم تتعرض لها القوانين السالفة الذكر، وهذه هى مسائل الوقف والهبة والحكر، ولو أنه بعد صدور التقنين المدنى الحالى الذى تناول بالتنظيم موضوعى الهبة والحكر، تقلص أيضا موقف الشريعة كمصدر رسمى بالنسبة لهما كذلك.

وسنعرض فيما يلى بتعريف للمسائل السابقة الذكر، والتى يعتبر الدين حتى الآن مصدراً رسميا لها فى القانون المصرى.

١٢٦- مسائل الأحوال الشخصية:

كان تحديد المقصود بإصطلاح الأحوال الشخصية، وتحديد ما يدخل فيها من موضوعات مثاراً للخلاف في الفقه والقضاء.

وقد عرضت محكمة النقض في حكم لها سنة ١٩٤٣ لهذا الموضوع[1]، فقررت «أن المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الإجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو انثي، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو إبناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أوعته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية. أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على إختلاف أنواعها ومناشئها هي من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وبإستحقاقه وعدم إستحقاقه. غير أن المشرع وجد أن الوقف والهبة والوصية – وكلها من عقود التبرعات – تقوم غالباً على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة، فألجأه هذا إلى إعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من إختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها».

كذلك عرضت لهذا الموضوع المادتان ١٣ و ١٤ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩، وهما بصدد تحديد ولاية المحاكم على مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الأجانب.

---

(١) نقض مدنى ٢١ يونية ١٩٣٤، مجموعة القواعد القانونية ج١ ص ٤٥٤ رقم ٢٠٠ .

فقررت المادة ١٣ أنه «تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، أو المتعلقة بنظام الاسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة، والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين، والطلاق والتطليق والتفريق، والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع، والإلتزام بالنفقة للاقارب والأصهار، وتصحيح النسب والتبنى، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدراة والغيبة، وبإعتبار المفقود ميتاً، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت».

ونصت المادة ١٤على أنه تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك (١).

١٢٧- الوقف:

يقصد بمسائل الوقف تلك التى تتعلق بإنشائه أو بصحته أو بالإستحقاق فيه أو بتفسير شروطه بالولاية عليه أو بحصوله فى مرض الموت (م ١٦/ ١ من قانون نظام القضاء).

وقد كانت هذه المسائل قبل صدور التقنيات الأولى خاضعة للشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين وغير المسلمين، ولم يتغير الوضع بصدور هذه التقنينات.

غير أن المشرع أصدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ نظم فيه الوقف،

---

(١) أخذ نص المادتين ١٣ و ١٤ من اتفاق مونترو فى مادته العاشرة.

مستمدا القواعد التى وضعها فى هذا القانون من الشريعة الإسلامية. فأصبحت هذه الشريعة مصدراً مادياً لتلك القواعد التشريعية. ولكن الشريعة الاسلامية ظلت مع ذلك مصدراً رسمياً إحتياطياً، فيرجع إليها فى المسائل التى لم يتناولها التشريع. فقد جاء فى المذكرة التفسيرية للقانون أن هذا القانون ليس شاملاً لكل أحكام الوقف. وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع إلى الرأى الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة .

١٢٨- الهبة:

الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض (م ١/٤٨٦ مدنى). وقد كانت معتبرة من مسائل الأحوال الشخصية، إلا أنها لا تعد كذلك الآن، إذ عنى التقنين المدنى الحالى بايراد أحكامها كاملة باعتبارها عقدا من العقود الماليه. وقد إستمد المشرع أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية، فأصبحت الشريعة مصدراً تاريخياً لهذه الأحكام.

وما دامت الهبة قد أصبحت الآن من مسائل المعاملات المالية، فلا تعد الشريعة الإسلامية بالنسبة اليها مصدراً رسمياً إحتياطياً يلى التشريع مباشرة، وإنما تأتى المرتبة بعد التشريع والعرف.

١٢٩- الميراث والوصية:

كانت الشريعة الإسلامية ولا تزال هى القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالميراث والوصية بالنسبة للمصرين جميعا من مسلمين وغير المسلمين. ولكن يباح لغير المسلمين الأحتكام إلى شرائعهم الدينية فى هذا الشأن بشطرين: الأول هو إتحاد الخصوم فى الدين والملة، والثانى

هو إتفاق ذوى الشأن الذين يعتبرون ورثة فى نظر الشريعة الإسلامية على الخضوع لشريعتهم الدينية.

وقد أصدر المشرع فى هذا المعنى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ ببيان القانون الواجب التطبيق فى مسائل المواريث والوصايا، فنص فى مادته الوحيدة على أن «قوانين المواريث والوصية وأحكام الشريعة الاسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى».

وقد أصدر المشرع القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية، وإستمد أحكامها من الشريعة الاسلامية، وعلى هذا النحو أصبحت هذه الشريعة مصدراً مادياً أو تاريخياً للقواعد التشريعية، ولكنها ظلت مصدراً رسمياً إحتياطياً يرجع إليه فى المسائل التى ليس لها حكم فى هذين التشريعين.

وعلى هذا النحو تكون الشريعة العامة فى مسائل الميراث والوصية هى هذان القانونان وما يكملهما من أحكام الشرعية العامة فى مسائل الميراث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية وهذا هو المعنى الذى أشار إليه القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ بقوله إن «قوانين المواريث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هو قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا».

وإلى هذا المعنى كذلك أشارت المادتان ١/٨٧٥ و ٩١٥ من التقنين المدنى المصرى.

١٢٠- مسائل الأهلية والولاية على المال:

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية. أما الولاية على المال فيقصد بها النظم التي ترمى إلى حماية غير كامل الأهلية حيث يتولى شخص آخر كالأب أو الوصى أو القيم مباشرة التصرفات القانونية نيابة عن غير كامل الأهلية.

وكانت المسائل المتعلقة بالأهلية والولاية على المال من مسائل الأحوال الشخصية التى يرجع فى شأنها إلى القواعد الدينية الخاصة بالشخص، فالمسلمون يخضعون للشريعة الإسلامية، وغير المسلمين لشرائعهم الدينية.

غير أن المشرع تدخل فوحد الأحكام الخاصة بالأهلية والخاصة بالولاية على المال بالنسبة لجميع المصريين، فأصدر قانون المجالس الحسبية فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥، ثم إستبدل به القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية، ثم إستبدل بهذا القانون الأخير رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال، هذا بالإضافة إلى القواعد التى قررها المشرع فى هذا الخصوص فى التقنين المدنى الحالى.

وقد إستمدت هذه القواعد التشريعية من الشريعة الإسلامية، فأصبحت هذه الشريعة مصدراً مادياً أو تاريخياً لهذه القواعد. كما تعتبر كذلك مصدرا رسمياً إحتياطياً يلى التشريع فى المسائل التى قد لا يوجد بشأنها قاعدة فى التشريع، وذلك بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين على السواء.

١٣١- المسائل المتعلقة بالأسرة:

يعتبر من المسائل المتعلقة بالأسرة الخطبة، والزواج، وحقوق

الزوجين المتبادلة، والطلاق، والحضانة والنفقة. وقد تركت هذه المسائل عند الاصلاح القضائى أى عند وضع التقنينات المصرية خاضعة للشرائع الدينية. فبالنسبة للمسلمين يرجع إلى الشريعة الإسلامية. أما بالنسبة لغير المسلمين فيجب أن نفرق فى شأنهم بين فرضين:

الأول، عندما يتحد الخصوم فى الديانة والملة، وعندئذ يرجع إلى القواعد الدينية فى دينهم أو ملتهم، ولا يجوز لهم أن يحتكموا إلى شريعة دينية أخرى ولو كانت هى الشريعة الإسلامية.

الثانى، عندما يختلف الخصوم فى الديانة والملة، وعندئذ تطبق عليهم الشريعة الإسلامية وجوباً.

وقد أصدر المشرع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وضمنها أحكاما تتعلق ببعض المسائل الخاصة بالأسرة بالنسبة إلى المسلمين كالمهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتفريق. فأصبح المصدر الرسمى لهذه القواعد هو التشريع، وأصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً أو تاريخياً لها، ولكنها ظلت مع ذلك مصدراً رسمياً احتياطياً يرجع اليه فى الحالات التى لا يوجد بشأنها قاعدة تشريعية.

والحكم السابق يسرى كذلك على غير المسلمين إذا إختلف الخصوم فى الدين أو الملة.

أما غير المسلمين اذا اتحد الخصوم فى الدين والملة فلا يوجد بالنسبة اليهم قواعد تشريعية فى المسائل المتعلقة بالأسرة، وعلى ذلك فهم يخضعون فى هذا الشأن للقواعد الدينية الخاصة بهم.

هذا هو دور الدين فى مصر باعتباره مصدراً رسمياً يلى التشريع مباشرة (١). وسنرى فيما بعد أن «مبادئ الشريعة الإسلامية» تعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً يلى العرف فى الترتيب فى غير مسائل الأحوال الشخصية.

١٣٢- الدين كمصدر رسمي للقانون في لبنان:

إختلف مركز الدين كمصدر رسمى للقانون فى لبنان، ومر بأدوار متعددة يمكن إيجازها فيما يلى:

الدور الأول، ويبدأ بالفتح الإسلامى حتى صدور التقنينات العثمانية فى أواسط القرن الماضى. وفى هذه الفترة كانت الشريعة الإسلامية هى المصدر الرسمى للقانون اللبنانى بصفة عامة، اذ كانت أحكامها هى السارية بالنسبة لجميع الأشخاص وفى كافة المسائل ما تعلق منها بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية، وأن استثنى غير المسلمين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية التى تركت لشرائعهم الدينية.

الدور الثانى ويبدأ بصدور التقنينات العثمانية حتى عهد الإنتداب الفرنسى وفى هذه الفترة أصبحت الشريعة الإسلامية بالنسبة للموضوعات التى تناولتها هذه التقنينات مصدراً تاريخياً بعد أن كانت مصدراً رسمياً لها.

---

(١) تشكلت فى مصر عدة لجان لوضع قانون موحد للأحوال الشخصية لجميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين، والامل كبير أن تنتهى هذه اللجان من عملها قريبا حتي يتم توحيد قواعد الاحوال الشخصية بالنسبة الي المصريين جميعا كما توحيد القضاء.

غير أن الشريعة الإسلامية ظللت مصدراً رسمياً بالنسبة لنوعين من المسائل أغفلت هذه التقنينات تنظيمها، وهذه هى مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الوقف، مع التحفظ الخاص بغير المسلمين إذ كانوا يخضعون فى مسائل الأحوال الشخصية لشرائعهم الدينية.

الدور الثالث ويبدأ من عهد الإنتداب الفرنسى حتى عهد الإستقلال، وفى هذه الفترة تمت الأمور الآتية:

أولا – فقدت المحاكم الشرعية ما كان لها من ولاية عامة في مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الوقف، وبذلك زال ما كان لها من إختصاص بنظر قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين إذا إختلفوا ملة أو تراضوا على قبول إختصاصها.

ثانيا – قسم المسلمون إلى طوائف مستقلة مما إستتبع تعدد المحاكم وتعدد القواعد التى تحكم مسائل الأحوال الشخصية. فقد قسمت المحاكم الشرعية الأصلية إلى نوعين، هما المحاكم السنية بالنسبة لأهل السنة، والمحاكم الجعفرية بالنسبة لأهل الشيعة، وقامت إلى جوارها محاكم أخرى هى المحاكم الدرزية بالنسبة إلى الدروز.

ثالثا – بدأت فى هذه الفترة «علمنة القانون» فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، فصدرت تشريعات علمانية أى مدنية أى غير مستمدة مباشرة من الدين، كقانون الوصية لغير المسلمين الصادر فى آذار سنة ١٩٢٩ .

الدور الرابع ويبدأ من عهد الاستقلال، وقد تميز بتأكيد أمرين:

الأول – عدم التمييز بين المحاكم الشرعية وغيرها من المحاكم

المذهبية لغير المسلمين (قانون تنظيم القضاء الشرعى الصادر فى ١٦ تموز سنة ١٩٦٢).

الثانى – الإستمرار فى سياسة علمانية بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، من ذلك قانون ٢ نيسان سنة ١٩٥١ الخاص بتحديد صلاحيات المراجع المذهبية المسيحية والإسرائيلية، وقانون الإرث لغير المحمدين الصادر فى ٢٢ حزيران سنة ١٩٥٩ .

المطلب الثاني

العرف

La Coutume

١٣٣- مركز العرف بالنسبة لغيره من المصادر:

العرف أقدم مصادر القانون، ففى الجماعات الأولي، وقبل نشوء الدولة. ووجود هيئة تشريعية، أضطر الأفراد تحت ضغط الحاجات والظروف، إلى إيجاد قواعد تسد مطالبهم الاقتصادية وحاجياتهم الإجتماعية ومشاربهم الخلقية، وما القوانين القديمة المكتوبة الصادرة من الحكام أى القواعد القانونية التشريعية، التى يحدثنا عنها التاريخ كقانون حمورابى سنة ٢٠٠٠ قبل الميلاد والألواح الاثنى عشر الرومانية المعروفة، إلا مجرد تدوين للقواعد العرفية التى كان معمولاً بها.

ولما تقدمت الجماعة وتطورت ظهر بجانب العرف مصادر أخرى وهى الدين ثم التشريع الذى يحتل الآن مكان الصدارة بالنسبة لجميع المصادر على ما سبق أن بينا.

والعرف ينشأ إذا خط الناس لأنفسهم سنة معينة أو قاعدة معينة لتنظيم روابطهم الإجتماعية أو الإقتصادية، وإطرد إتباع هذه القاعدة، وثبت وتقادم، وعم وإنتشر تحت ضغط الحاجة والميل إلى المألوف وحب التقليد، وقام فى ذهن الجماعة لزوم هذه القاعدة.

١٣٤- مزايا العرف وعيوبه:

إذا كان للعرف ميزة الإنبثاق من ظرف الجماعة الإقتصادية والاجتماعية، بحيث تأتى قواعده ملبية لإحتياجاتها ومتطلباتها، على عكس التشريع الذى قد يفرض على الجماعة على ما سبق أن رأينا.

وإذا كان للعرف مزية التطور بتطور شتى الظروف المحيطة بالجماعة، بخلاف التشريع الذى تفرض عليه نصوصه المكتوبة نوعاً من الجمود، فإن العرف لا يخلو مع ذلك من العيوب.

فقد عيب على العرف أنه طريقة بطيئة لتطوير القانون، لأنه يؤخذ من إعتياد الجماعة على سنة معينة، والإعتياد يحتاج إلى زمن طويل حتى يتوافر للقاعدة العرفية الثبات والإستقرار، فى حين أن الحياة فى عصرنا هذا لا تحتمل مثل هذا البطء، ولذا كان التشريع أجدى وأسرع منه فى تلبية ما يجد من حاجات المجتمع.

كذلك أخذ على العرف، وهو قانون غير مكتوب، ما قد يعتريه من غموض وإبهام، بعكس التشريع، فان صياغته فى نصوص مكتوبة محكمة تضفى عليه الكثير من الوضوح.

على أن هذه العيوب التى للعرف لا تقدح من أهميته كمصدر

إحتياطي من مصادر القانون بجانب التشريع.

هذا وسنتناول في دراستنا للعرف الكلام: أولاً - في تعريفه وشروطه. وثانيا - في مركزه بالنسبة إلى التشريع.

١- التعريف بالعرف وشروطه

١٣٥- التعريف:

العرف هو مجموعة القواعد التي كونتها الحاجات الإجتماعية على مر الزمن وتوارثتها الأجيال، واعتقد الناس وجوب إتباعها، والتعرض للجزاء عند مخالفتها. ويستبين من هذا التعريف الشروط اللازمة لتكوين القاعدة العرفية.

١٣٦- شروط العرف:

إذا حللنا التعريف السابق الذكر لوجدنا أن العرف يتكون من عنصرين أو ركنين: أحدهما مادي وهو إطراد العمل بسنة معينة والإعتياد عليها، والآخر معنوي وهو الإعتقاد في لزوم هذه السنة وعدم جواز الخروج عليها.

١٣٧- الركن المادي - الاعتياد علي عادة معينة.

يتكون الركن المادي كما سبق أن ذكرنا من إعتياد الناس على سنة معينة أو على قاعدة معينة في تنظيم شأن من شؤون حياتهم الإجتماعية أو الاقتصادية. ويتم هذا الإعتياد بمعزل عن السلطة الحاكمة وتوجيهاتها، معنى أن الجماعة تتبع هذه السنة من تلقاء نفسها إما لشعورها بضرورتها

وإما لإستحسانها لها، وإما لمجرد التقليد لغيرها.

ويطلق على هذا الركن اسم العادة (Usage)، فمثلا جرت العادة فى مصر على أن الزوجة المسلمة تستحضر معها الأثاث اللازم لمنزل الزوجية.

ويشترط فى العادة المكونة للركن المادى للعرف عدة شروط هى:

أولا - القدم: فالعادة يجب أن تكون قديمة، بمعنى أن يكون قد مضى على إتباعها والعمل بمقتضاها مدة طويلة، مما يدل على تأصلها فى نفس الجماعة. وليس هناك مقياس زمنى لتقدير هذه المدة، بل الأمر متروك لتقدير القاضى وفقا للظروف، فهو الذى يقدر ما إذا كانت العادة قد استقرت بحكم القدم أم لا.

ثانيا - الثبات: وهو شرط مكمل لشرط القدم.لأن به تستقر القاعدة العرفية، ويقصد به أن يطرد العمل بالعادة بطريقة منتظمة، فلا يتبعها الناس فى وقت ويعدلون عنها فى وقت آخر، وتقدير ذلك متروك للقاضى.

ثالثا - العموم: يشترط فى العادة أن تكون عامة أى أن تنصرف إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، وهو شرط يجب أن يتوافر فى كل قاعدة قانونية أياً كان مصدرها.

ولا يقصد بالعموم أن تنطبق القاعدة العرفية على جميع أفراد الجماعة أو على كل إقليم الدولة، ذلك أن العرف قد يكون محليا أى قاصراً على جزء معين من الإقليم، أو طائفياً أو مهنياً كالعرف التجارى والعرف الزراعى.

رابعا – ألا يتعارض مضمون العادة مع النظام العام أو الآداب. وهذا الشرط من المتصور تطلبه بالنسبة للعرف المحلى أو الطائفى أو المهنى، لأنه لا يجوز أن يكون أى منها مخالفاً للنظام العام أو الآداب فى الجماعة. أما العرف الشامل لكل الناس فى كل اقليم فلا يتصور أن تتطلب فيه هذا الشرط، لأن فكرة النظام العام أو الآداب هى نفسها نابعة من الجماعة ويساهم فى تكوينها وتحديدها العرف الشامل (١).

١٣٨- الركن المعنوي- الإعتقاد في لزوم العادة:

لكى يقوم العرف يجب أن يتوافر لدى الناس الشعور أن العادة التى جروا على إتباعها ملزمة لهم، وأنها واجبة الإحترام كالقاعدة التشريعية سواء بسواء، وأنها تخول حقا يمكن المطالبة به أمام القضاء كحق الزوجة فى فرنسا فى أن تحمل إسم زوجها.

أى أنه بتوافر الركنين المادى والمعنوى تصبح القاعدة العرفية قاعدة قانونية صادرة ومعبرة عن إرادة الجماعة مباشرة، ويتعين على القاضى تطبيقها بإعتبارها قانوناً.

أما إذا إفتقدت القاعدة أو السنة الركن المعنوى فانها لا تعتبر عرفا بل مجرد عادة اتفاقية، ولذا يجب التمييز بينهما.

١٣٩- التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية:

رأينا أن العرف يقوم على ركنين هما الركن المادى أى الإعتياد،

---

(١) اذا تعارض العرف الشامل مع قاعدة تشريعية آمرة، وجب بطبيعة الحال تفضيل القاعدة التشريعية، لأن العرف وهى أدني منزلة من التشريع لا يجوز له أن يتعارض معها.

والركن المعنوى أى عقيدة الإلزام. أما إذا تخلف هذا الركن الأخير فلا نكون أمام قاعدة عرفية وإنما أمام عادة اتفاقية (Usage conventionnel)وينبنى على ذلك أن القاعدة العرفية تلزم المتعاقدين ويتعين تطبيقها ولو كانا يجهلانها لتوافر عنصر الإلزام فيها، مثلها فى ذلك مثل القاعدة التشريعية، فهى تطبق على الأفراد ولو لم يعلموا بها، لأنه لا يجوز الإعتذار بالجهل بأحكام القانون.

أما العادة الإتفاقية فلا يعمل بها إلا إذا إتفق المتعاقدان على الأخذ بها صراحة أو ضمنا، أى أن قوتها مستمدة من إتفاق المتعاقدين عليها، ولذا سميت بالعادة الإتفاقية، وينبنى على ذلك أنه اذا لم يتفق عليها فلا يجوز العمل بها أى لا يجوز تطبيق حكمها. ومن الأمثلة على العادة الاتفاقية العادة الجارية فى مدينة القاهرة من أن المؤجر يتحمل ثمن إستهلاك المياه، بعكس العادة الجارية فى مدينة الاسكندرية من تكفل المستأجر بها. ومن الأمثلة عليها كذلك أنه فى بيع بعض أنواع الفاكهة بسعر المائه حبة، تحتسب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين وفقاً للعادة الجارية فى كل منطقة.

هذا ويلاحظ أن العرف كما ينشىء قواعد قانونية آمرة لا يجوز إستبعاد حكمها أو الإتفاق على ما يخالفها كحق الزوجة فى فرنسا فى حمل إسم زوجها، ينشئ كذلك قواعد قانونية مكملة أو مفسرة كإعتبار أثاث المنزل مملوكا للزوجة المسلمة فى مصر. ولما كانت القواعد القانونية المكملة أو المفسرة يجوز الإتفاق على مخالفتها وجب التمييز بينها وبين العادات الاتفاقية.

فالقاعدة المكملة قاعدة قانونية لأنه قد توافر لها عنصر الإلزام.

ولكن لعدم تعلقها بالنظام العام أو الآداب، أجاز المشرع الإتفاق على إستبعاد حكمها، أى شرط إنطباق القاعدة المكلمة هو عدم وجود اتفاق على ما يخالفها.

أما العادة الإتفاقية وهى لم ترق إلى مرتبة القاعدة القانونية لتخلف عنصر الإلزام فيها، فلا يعمل بها إلا إذا إتفق المتعاقدان على ذلك، أى أن شرط انطباق العادة الاتفاقية هو وجود إتفاق صريح أو ضمنى يقضى بذلك.

هذا وينبغى مراعاة أن المشرع كثيرا ما يحيل على العادات الاتفاقية، وقد يتجاوز فى تسميتها فيطلق عليها إسم العرف، وفى هذه الحالة لا تستمد العادة الاتفاقية قوتها من اتفاق المتعاقدين على الأخذ بحكمها، بل تستمد هذه القوة من نص القانون، وفى هذه الحالة تقترب من القاعدة القانونية المكملة، بمعنى أنها تطبق إذا لم يتفق على إستبعاد حكمها، ومن الأمثلة على ذلك ما تقتضى به المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى من أنه «لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز فى أية حالة أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية» .

١٤٠- نتائج التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية:

رأينا أن العرف يفترق عن العادة الإتفاقية فى أنه توافر له بجانب الركن المادى أى الإعتياد، الركن المعنوى أى الإلزام، فى حين أن العادة الاتفاقية لا تتضمن إلا ركن الإعتياد فقط. وبعبارة أخرى أن القاعدة العرفية تفترق عن العادة فى أنها قاعدة قانونية إستكملت كل شروطها.

وينبنى على هذه التفرقة نتائج هامة عدة، نشير منها إلى ما يلى:

أولا - العلم بالعرف: العرف كقانون يفترض العلم به، لأن القاعدة- كما سبق أن ذكرنا - أنه لا يجوز الإعتذار بالجهل بأحكام القانون، ولذا فهو يطبق على المتقاضين علموا أم جهلوا به.

أما العادة الإتفاقية، فيتعين العلم بها، لأن شرط تطبيقها، كما سبق القول، هو الإتفاق الصريح أو الضمنى على الأخذ بحكمها.

ثانيا - إثبات العرف: فى كل نزاع يطرح أمام القضاء تثار مسألتان: مسألة الوقائع، والقاعدة فيها أن على المدعى اثبات دعواه .ومسألة القانون وتطبيقه على هذه الوقائع والقاعدة فيها أن على القاضى معرفة القانون ووجوب تطبيقه على الوقائع من تلقاء نفسه أى ولو لم يطلبه الخصوم، سواء فى ذلك أكان قانوناً مستمداً من التشريع أم مستمدا من العرف.

وبعبارة أخرى أن القاعدة العرفية بإعتبارها قاعدة قانونية يفترض على القاضى بها، ويتعين عليها تطبيقها ولو لم يتمسك بها الخصوم، ولذا لا يكلف هؤلاء كمبدأ عام بإثباتها.

أما العادة الإتفاقية، فهى من قبيل الوقائع، ولذا يتعين على من بتمسك بها من المتقاضين إثبات وجودها وإثبات الإتفاق على الأخذ بحكمها.

على أنه إذا كان الأصل - كما سبق أن ذكرنا - أن الخصوم لا يكلفون بإثبات القاعدة العرفية لافتراض علم القاضى بها، إلا أنها بإعتبارها قاعدة غير مكتوبة، أى باعتبارها مجرد معنى يستخلص من إعتياد الجماعة على العمل به كسنة ملزمة، قد يصعب على القاضى الإلمام بها المامه بالقاعدة التشريعية لأنها قاعدة مصاغة فى قالب مكتوب. ولذا يكون

له، أى للقاضى، أن يطلب من الخصم الذى يدعى وجود القاعدة العرفية إقامة الدليل عليها، كما أن لهذا الخصم أن يبادر بتقديم هذا الدليل ولو لم يطلب منه. وإثبات وجود القاعدة العرفية يكون بطبيعة الحال بكافة طرق الإثبات.

ثالثا – رقابة محكمة النقض على العرف: العرف بإعتباره قانوناً يخضع القاضى فى تطبيقه له لرقابة محكمة النقض (أى محكمة التمييز كما تسمى فى لبنان).

أما العادة الإتفاقية، وهى من قبيل الواقع، كما سبق القول، فلا معقب على تقدير قاضى الموضوع لها (قاضى الأساس فى لبنان). أى لا لرقابة المحكمة النقض على عمله فى هذا الشأن.

٢- مركز العرف بالنسبة إلي التشريع

١٤١- منزلة العرف في القوانين الحديثة:

لم يعد للعرف كمصدر رسمى من مصادر القانون المنزلة التى كانت له قديما فى أغلب الدول الحديثة.

فقديما – كما نعلم – كان للعرف مركز الصدارة، بل كان العرف هو المصدر الوحيد للقانون فى الجماعات الاولي، حتى ظهر بجانبه الدين ثم التشريع.

أما الآن فلم يعد للعرف هذه المنزلة بسبب البطء فى تطوره، وقصوره عن مواجهة ما يجد من ظروف إجتماعية أو إقتصادية تستدعى سرعة التنظيم، فضلا عما ينقص قواعده من وضوح ودقة فى التحديد.

ولهذا بزه التشريع وأخذ منه مكان الصدارة.

على أن تأخر العرف فى المرتبة لم يفقده أهميته كمصدر احتياطى أو تكميلى بجانب التشريع [1]، يسد ما فيه من نقص أو يساعد على تحديد مضمونه.

١٤٢- تقسيم:

سنتناول فى دراستنا لمركز العرف بالنسبة إلى التشريع البحث فى الموضوعات الآتية:

أولا – نتائج تأخر العرف عن التشريع فى المرتبة من حيث إمكانية الغاء قاعدة تشريعية أو مخالفتها.

ثانيا – دور العرف المساعد بجانب التشريع.

ثالثا – أثر العرف فى تكوين فروع القانون المختلفة.

١- نتائج تأخر مرتبة العرف عن التشريع

١٤٣- عدم قدرة العرف علي الغاء نص تشريعي:

لا يستطيع العرف – كقاعدة عامة – إلغاء نص تشريعى آمر، سواء

---

(١) يعتبر العرف مصدرا رسميا تكميليا فى القانون اللبنانى كما هو الشأن فى القانون المصرى، وهو ما يستفاد من نص الفقرة الأولي من المادة الرابعة من قانون التجارة اللبنانى.

وجد هذا النص لتأمين مصلحة عامة من مصالح الدولة الأساسية، أم وجد لحماية مصلحة خاصة، لأن الأمر يتعلق فى الفرضين بالنظام معا.

كذلك لا يستطيع العرف الغاء نص تشريعى مكمل لأن العرف أدنى مرتبة من التشريع، ولا يتصور أن الأدنى يلغى الأعلي. ولكن العرف يستطيع كما سنرى – مخالفة نص تشريعى مكمل أى مفسر، مثله فى ذلك إتفاق المتعاقدين على استبعاد أو مخالفة النص المكمل، دون أن يحمل ذلك محمل القدرة على الإلغاء.

ويؤيد هذا الرأى ما تقضى به المادة الثانية من التقنين المدنى المصرى من أنه «لا يجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء ... الخ» .

وقد علقت على ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى بقولها «وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر، يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق»[1].

١٤٤- عدم قدرة العرف علي مخالفة نص تشريعي آمر:

كما لا يستطيع العرف إلغاء نص تشريع آمر لتعلقه بالنظام العام، لا يستطيع العرف كذلك أن يجرى على مخالفته، لأن من شروط العرف ألا يتعارض مع النظام العام أوالآداب. وهذه – فى إعتقادنا – قاعدة مطلقة بالنسبة لكل فرع من فروع القانون، بمعنى أنه لا يجوز أن يجرى

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ١ ، ص١٩٦ .

عرف فى المسائل المدنية بما يخالف نصاً تشريعياً آمراً من نصوص القانون المدنى، ولا أن يجرى عرف فى المسائل التجارية بما يتعارض مع نص تشريعى آمر من نصوص القانون التجارى (١).

وما أثار الجدل فى هذا الموضوع إلا ما يجرى به العرف التجارى من مخالفة لنص قانونى آمر من نصوص القانون المدنى، علما بأن القانون المدنى هو الأصل العام بالنسبة للقانون التجارى، أى ما هو الأصل الذى يتعين الرجوع إليه إذا لم يوجد حكم فى القانون التجارى، سواء كان حكماً مستمدا من التشريع أم من العرف.

والرأى عندنا أنه إذا كان المبدأ أن القانون المدنى هو الشريعة العامة الأساسية التى تحكم معاملات الأفراد، إلا أن القانون التجارى هو الشريعة الخاصة بالنسبة للمعاملات التجارية، ويتبنى على ذلك أنه اذا وجد حكم فى القانون التجارى سواء كان مصدره التشريع أم العرف، وجب إعمال هذا الحكم ولو تعارض مع نصوص القانون المدنى، لأن هذا القانون الأخير لا تثبت له الولاية الا فى حالة قصور أحكام القانون التجارى عن مواجهة النزاع المطروح. وهذا ما أخذت به المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى فى شأن الفوائد، فقررت أنه« لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كله دون

(١) هذا هو المعني المقصود من حكم المادة ١/٤ من قانون التجارة اللبنانى الذى يوجب على القاضى - عند تحديد مفاعيل العمل التجارى - تطبيق العرف ما لم يظهر قصد المتعاقدين إلى مخالفته، بشرط ألا يكون العرف متعارضا مع النصوص الاشتراعية الالزامية . فالمراد هنا هو النصوص الاشتراعية الالزمية أى الآمرة فى القانون التجارى.

إخلال بالقواعد والعادات التجارية ». وظاهر من هذا النص أن أحكام القانون التجارى التشريعية أو العرفية فى شأن الفوائد يعمل بها ولو كانت مخالفة لنصوص القانون المدنى.

١٤٥- جواز مخالفة العرف للنصوص المكملة:

القاعدة أن النصوص التشريعية المكملة أو المفسرة إنما وجدت لتكملة ما نقص من شروط العقد عند سكوت المتعاقدين عن تنظيمها، وأنه إذا ظهرت ارادة المتعاقدين فى هذا الشأن وجب الأخذ بها، ولو إتجهت هذه الإرادة إلى إستبعاد تطبيق أحكام النصوص المكملة أو مخالفتها.

وإذا كان لأرادة الأفراد الإتفاق على ما يخالف أحكام النصوص المكملة، فيما لا شك فيه أنه يجوز أن يجرى العرف فى الجماعة على ما يخالفها. وقد عنى المشرع إلى الإشارة إلى ذلك فى أكثر من موضوع:

فمثلا تقضى المادة ١/٤٥٦ مدنى بأنه « يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع، ما لم يجد إتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك».

فهذه المادة وغيرها تشير صراحة إلى جواز مخالفة العرف لنص من النصوص التشريعية المكملة.

ب- دور العرف بجانب التشريع

١٤٦- تحديد دور العرف كمصدر تكميلي:

يقوم العرف بجانب التشريع بدور مساعد يتمثل فى تكملة ما نقص من أحكامه، وفى تحديد وإيضاح ما أجمل منها، وعلى هذا سنتكلم فى العرف المكمل للتشريع ثم فى العرف المعاون له.

١٤٧- العرف المكمل للتشريع:

يعتبر العرف مصدراً إحتياطياً للتشريع يلجأ إليه القاضى إذا أعوزه النص، وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى بقولها «فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف ... الخ» .

وقد علقت المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى على هذا الحكم، فقررت والواقع أن العرف هو المصدر الذى يلى التشريع المرتبة، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضى مباشرة إذا إفتقد النص ... فالعرف هو المصدر الشعبى الأصيل الذى يتصل إتصالاً مباشراً بالجماعة، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو إستعصائها على النص. ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية، بل يتناول المعاملات التى تسرى فى شأنها قواعد القانون المدنى وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء [١].

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ١ ، ص ١٨٧و١٨٨ .

١٤٨- العرف المعاون للتشريع:

قد يلجأ المشرع إلى العرف لتحديد أو إيضاح مضمون قاعدة تشريعية يصعب على الصياغة القانونية الإصطلاع بها، والأمثلة على ذلك كثيرة ومتعددة، نكتفى هنا بالإشارة إلى بعض منها، من ذلك:

ما تنص عليه المادة ٢/١٤٨ من التقنين المدنى المصرى من أنه «لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام» .

فمثلا جرى العرف فى شأن التعامل فى بعض المحلات العامة كالفنادق والمقاهى والمطاعم من إضافة نسبة مئوية إلى قائمة الحساب مقابل الخدمة، فهذا الذى جرى به العرف يؤخذ به فى تحديد مضمون التزام العميل ولو لم يذكر له.

وما تقضى به المادة ٢/١٥٠ من هذا القانون من أنه «اذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ، مع الإستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات» .

والإشارة هنا إلى عرف التعامل راجع إلى إفتراض علم المتعاقدين به، وأن فى السكوت عن ذكر ما يخالفه قرينة على إنصراف نيتهما إلى العمل بمقتضاه.

ج- أثر العرف في تكوين فروع القانون المختلفة

١٤٩- إختلاف أثر العرف بإختلاف فروع القانون:

يختلف أثر العرف فى تكوين القواعد القانونية بإختلاف فروع القانون على ما سنري.

١٥٠- أثر العرف في القانون الدستوري:

يختلف أثر العرف فى القانون الدستورى بإختلاف الدول. ففى انجلترا كان للعرف الحظ الأوفر فى تكوين القواعد الدستورية، وإن بدأ التشريع يأخذ مكانه بجانبه كمصدر للدستور الإنجليزى فى الوقت الحاضر.

وإذا كانت القاعدة أنه بجانب كل دستور عرفى، توجد قواعد دستورية مكتوبة، وأنه بجانب كل دستور مكتوب، توجد قواعد دستورية عرفية، فإنه بالتطبيق لهذه القاعدة نجد فى كل من الدستورين المصرى واللبنانى، وكلاهما دستور مكتوب، نجد قواعد دستورية عرفية، من ذلك: ما جرى عليه العرف فى مصر فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ من تقرير حق السلطة التنفيذية فى إصدار لوائح الضبط، ما جرى به العرف فى لبنان من تفويض مجلس النواب للحكومة فى إصدار مراسيم اشتراعية فى مسائل محددة ولمدة معينة.

١٥١- أثر العرف في القانون الإداري:

يقوم العرف فى نطاق القانون الإدارى بسد النقص فى القواعد التشريعية، وفى هذا تقول محكمة القضاء الإدارى المصرية أن «العرف الإدارى الذى إستقر العمل عليه وإضطرد، هو بمثابة القاعدة التنظيمية

المقررة، بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع، مما تجوز المؤخذة عليه، ذلك أن المخالفة القانونية لا تقتصر، كما تقول محكمة انقضاء الإدارى، على مخالفة نص فى القانون أو لائحة، بل هى تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الادارة [1].

١٥٢- أثر العرف في القانون الدولي العام:

يقوم العرف بدور هام فى تكوين قواعد القانون الدولى العام نظراً لعدم وجود هيئة تشريعية دولية مختصة بوضع أحكام هذا القانون كما هو الحال بالنسبة إلى القانون الداخلى. ولذا فإن الكثير من المبادئ التى يتضمنها القانون الدولى العام إنما مردها السنة المطردة التى إتبعتها الدول فى تنظيم علاقاتها.

١٥٣- أثر العرف في القانون الجنائي:

لما كانت القاعدة فى القانون الجنائى أنه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص تشريعى، إنعدم أثر العرف كمصدر لهذا القانون. والحكمة من تقرير القاعدة السابقة هو ضمان حرية الأفراد.

١٥٤- أثر العرف في القانون المدني:

نظرا لغزارة القواعد التشريعية فى القانون المدنى، وعناية المشرع بتنظيم وتفصيل أحكامه، لم يعد للعرف إلا دوراً متواضعاً فى مجال هذا

---

(١) محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة فى ٤ مايو سنة ١٩٥٠، المحاماة ٣١- ٢٣٥- ٧٢ .

القانون. ومع ذلك فقد رأينا أن المشرع كثيراً ما يحيل إلى العرف فى الكثير من النصوص، كما أن من احكام هذا القانون ما ينبع من العرف، كالقرينة العرفية التى تفترض ملكية الزوجة المسلمة لأثاث المنزل فى مصر.

١٥٥- أثر العرف في القانون التجاري:

يقوم العرف بدور هام فى مجال القانون التجارى لعدم وفرة النصوص التشريعية من ناحية، وقصور هذه النصوص عن مواجهة متطلبات الحياة التجارية المتجددة والمتنوعة بتنوع أنواع التجارة من ناحية أخري. كما أن المشرع قد يقعد قصداً عن تنظيم بعض المسائل التجارية، تاركاً إياها للعرف، باعتباره أقدر على مواجهتها.

ومن الأمثلة على القواعد العرفية فى مجال القانون التجارى إفتراض التضامن بين المدينين، بحيث يستطيع الدائن أن يحصل على كل دينه من أى واحد منهم، فى حين أن التضامن لا يفترض فى القانون المدنى، بل يكون بناء على إتفاق أو نص فى القانون (م ١/٢٤ موجبات و ٢٧٩ مدنى).

ومن الأمثلة عليها كذلك جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، أو تقاضى فوائد تزيد فى مجموعها على رأس المال، وهو ما تحرمه النصوص التشريعية فى القانون المدنى المصرى (م ٢٣٢).

المطلب الثالث

مبادئ الشريعة الاسلامية

١٥٦- إختلاف الوضع في مجال الأحوال الشخصية عنه في مسائل المعاملات:

رأينا أن الدين يعتبر مصدراً رسمياً فى مسائل الأحوال الشخصية بجانب التشريع، بل إن الجانب الأكبر من هذه المسائل لا يزال خاضعا فى تنظيمه لأحكام الدين، وأكثر من ذلك فإن النصوص التشريعية التى نظمت بعض مسائل الاحوال الشخصية قد إستمدت أحكامها من الدين، وعلى الأخص من الشريعة الإسلامية، وهو ما حمل فريقا من الفقهاء إلى إعتبار الدين مصدراً رسمياً أصلياً فى مسائل الاحوال الشخصية (١).

ويقصد بالدين هنا الشريعة الاسلامية بالنسبة إلى المسلمين والشرائع الدينية الأخرى بالنسبة إلى غيرهم، هذا مع ملاحظة أنه فى مصر تعتبر الشريعة الإسلامية هى الأصل العام بالنسبة إلى جميع المصريين سواء كانوا مسلمين أم غير مسلمين، أى أن رجوع غير المسلمين إليها هو الأصل، وأن الرجوع إلى شريعتهم الخاصة هو الاستثناء.

أما فى مسائل المعاملات المالية فإن الشريعة الإسلامية فى القانون المصرى فقط – دون القانون اللبنانى – تعتبر مصدراً رسمياً إحتياطياً يرجع إليه القاضى بعد العرف.

وقد إستحدث المشرع المصرى هذا الحكم فى التفنين المدنى (م١/٢)

---

(١) راجع توفيق فرج، الأصول العامة للقانون سنة ١٩٧٢ – ١٩٧٣، ص ٩٧، وحسن كيرة، مبادئ القانون سنة ١٩٦٨ بند ٨٨ وما بعده.

إستجابة منه لأهمية الشريعة الإسلامية ودورها فى تكوين قواعد القانون فى مصر.

ومن المتفق عليه أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هنا المبادئ والأصول العامة التى لا تختلف من مذهب إلى مذهب آخر من المذاهب الشرعية.

المطلب الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

١٥٧- الغرض من الإحالة إلي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

نصت المادة الأولى من التقنين المدنى فى فقرتها الثانية على أنه «فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فاذا لم يوجد، فبمقتضى الشريعة الاسلامية، فاذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة».

أى أن على القاضى، فى النزاع المطروح أمامه، الرجوع أولا إلى النص التشريعى، ولا يجوز له العدول عنه بحجة الغموض أو الإبهام، بل عليه تفسيره وفق القواعد التى وضعها له المشرع.

وان لم يجد نصاً تشريعياً لجأ إلى العرف، فإن لم يجد رجع إلى مبادئ الشريعة الاسلامية، وإن لم يجد فلا يجوز له النكول عن القضاء، لأن نكول القاضى عن القضاء جريمة يعاقب عليها القانون (م ١٢٢ من قانون العقوبات المصرى و ٣ من قانون أصول المحاكمة المدنية اللبنانى)،

بل يتعين عليه فى هذه الحالة الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعية وقواعد العدالة لإستلهام الحكم الواجب التطبيق.

١٥٨- المقصود بالقانون الطبيعي وقواعد العدالة:

ليس المقصود هنا بالقانون الطبيعى ذلك القانون الأزلى الذى يكتشفه العقل البشرى والذى يسمو على جميع القوانين الوضعية، والذى لا يتغير بتغير الزمان والمكان، كما كان يصور فى بادئ الامر.

كذلك ليس المقصود به ذلك المثل الأعلى الذى يوجه المشرع فيما يضع من قواعد، مراعياً فيها حاجات المجتمع وظروفه المتغيرة، إذ لكل مجتمع مثله الأعلي. أى ليس المقصود به ذلك القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة، الذى تسنده العدالة فى التطبيق.

انما المقصود بإحالة المشرع إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، هو إلزام القاضى فى أن يجتهد برأيه فى النزاع المطروح أمامه، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء (١). أى أن الاحالة إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، لا تعنى الإحالة إلى قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، كما هو الشأن فى الإحالة إلى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية، وانما تعنى مطالبة القاضى بالإجتهاد على ضوئها أى على ضوء مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

ويتعين على القاضى فى إجتهاده هذا أن يراعى الإعتبارات الموضوعية

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية لمشروع التقنين المدنى، ج١، ص ١٨٨ .

العامة، لا الإعتبارات الخاصة الصادرة عن معتقداته الشخصية.

الفرع الثاني

المصادر التفسيرية

١٥٩- المقصود بالتفسير:

متى وجدت القاعدة القانونية، مستقاة من مصدر من المصادر الرسمية التى سبق الكلام فيها، إحتاجت فى تطبيقها على فروض الواقع إلى تفسيرها، والتفسير يتناول ما يأتى:

أولا: تحديد معنى القاعدة القانونية إذا شابها الغموض، أو وردت بها ألفاظ فى حاجة إلى بيان أو فى حاجة إلى ضبط المراد منها كلفظ الغش أو لفظ سوء النية.. الخ.

ثانيا: تكميل القاعدة القانونية إذا عابها الإقتضاب والإيجاز.

ثالثا: رفع التناقض الموجود بين قاعدتين قانونيتين بالتوفيق بينهما، أو بترجيح إحداهما على الأخرى إذا لزم الأمر.

رابعا: المساهمة فى تطبيق القواعد القانونية على الواقع المتغير بجزئياته وتفاصيله.

والمصادر التفسيرية فى القوانين الحديثة ومنها القانون المصرى والقانون اللبنانى هما الفقه والقضاء.

١٦٠- الفقه:

يقصد بالفقه مجموعة الآراء التى تدين بها أغلبية الفقهاء أو الشراح. وقد مرت على الفقه حقبه من الزمن كان فيها مصدراً رسمياً من مصادر القانون، كما يدلنا على ذلك تاريخ القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم، وكذلك تاريخ الشريعة الإسلامية فى تطورها حتى قفل باب الإجتهاد وظهور عصر المقلدين.

أما الآن فإن عمل الفقه قاصر على تفسير القواعد القانونية وإرشاد القاضى فى تطبيقه للقانون وتوجيه المشرع إلى ما قد يكون فى القانون من عيب أو قصور.

١٦١- القضاء:

القضاء هو مجموعة المبادئ العامة التى تستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها.

وقد قام القضاء بنفس الدور الذى اضطلع به الفقه قديماً، فكان مصدرا رسميا للقانون فى الشرائع القديمة، وتحول الآن إلى مصدر تفسيرى له فى معظم القانونين الحديثة، وعلى الأخص القوانين اللاتينية والقوانين التى سارت على منهجها، ومنها القانون المصرى والقانون اللبنانى.

أما فى القوانين الانجلوسكسونية فلا يزال القضاء يقوم بدوره كمصدر رسمى، لأن من المبادئ المقررة فى هذه القوانين أن أحكام المحاكم العليا تكون سوابق قضائية ملزمة للمحكمة التى أصدرتها وللمحاكم التى تليها فى الدرجة.

١٦٢- المقارنة بين عملي الفقه وعملي القضاء في تفسير القانون:

رأينا ان كلا من الفقه والقضاء يقوم بتفسير القانون، إلا أن الفقهاء ينحون عادة فى تفسيرهم لهم منحاً نظرياً قائماً على التعرف على نية المشرع وعلة التشريع، دون التأثر كثيراً بحقائق الواقع، وهو ما يخالفهم فيه القضاء، اذ لواقع الامور ومتطلبات الحاجات العملية أثره فيما يعطون للنصوص من تفسير.

وإذا كانت هذه النظرة المتباينة قد أدت فى الماضى إلى وجود إختلاف بين القانون كما يفهمه ويدرسه الفقهاء، وبين القانون كما تطبقه المحاكم، إلا أن شقة هذا الخلاف قد تلاشت فى الوقت الحاضر، وتم التقارب والتعاون بين هذين المصدرين فى سبيل نمو القانون وتطوره.

الباب الثالث
تطبيق القانون

١٦٣- تقسيم:

إذا ما توافر للقاعدة القانونية مقوماتها من أى مصدر صدرت عنه هذه القاعدة، أصبح من الواجب تطبيقها، والسلطة المختصة بتطبيق القواعد القانونية هى السلطة القضائية.

وتحديد نطاق تطبيق القاعدة يثير أموراً ثلاثة تتمثل فيما يلى:

الأول: تحديد نطاق تطبيق القانونية بالنسبة إلى المخاطبين بأحكامها، وهل تسرى فى حق الجميع ولو جهل بها البعض؟

الثانى: تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بالنظر إلى المكان أو بعبارة أخرى هل القاعدة القانونية إقليمية التطبيق أم شخصية التطبيق؟

الثالث: تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بالنظر إلى الزمان، وهو مايثير مسألة تنازع القوانين فى الزمان إذا ما الغى قانون وإستبدل به قانون آخر.

الفصل الأول
نطاق القاعدة القانونية بالنظر إلي المخاطبين بأحكامها

١٦٤- مبدأ إمتناع الإعتذار بجهل القانون:

إذا ما وجدت القاعدة مستمدة من مصدر من المصادر الرسمية التى ذكرناها وهى التشريع والدين والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية، فإنها تسرى فى حق جميع الاشخاص المخاطبين بأحكامها، ولو جهل بها البعض منهم، وهذا هو مبدأ إمتناع الإعتذار بالجهل بالقانون (Nul nést censé ig-norer la loi) أى أنه لا يجوز لأحد ان يدعى عدم العلم بالقانون، أى يدعى الجهل به، ليتخلص من تطبيق حكمه عليه.

وهذا المبدأ واجب الأخذ به بالنسبة لجميع أنواع القواعد القانونية، أى بالنسبة إلى القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة أو المفسرة على حد سواء.

والعلة فى تقرير هذا المبدأ هو كفالة النظام فى المجتمع، وضمان إستقرار المعاملات، وحماية الأمن المدن، وإلا لأمكن لكل من يريد التهرب من حكم من أحكام القانون أن يدعى عدم العلم به.

وأساس هذا المبدأ هو إعتبارات العدالة التى تتطلب، حماية للصالح العام، أن ينطبق القانون على جميع الأشخاص بلا إستثناء، وإلا عمت الفوضى وتقوض سلطان القانون.

١٦٥- الإستثناء الذي يرد علي المبدأ:

يرد على مبدأ «إمتناع الإعتذار بجهل القانون» إستثناء معين يرجع إلى القوة القاهرة التى تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى جزء من أجزاء الإقليم، كحالة الغرق أو الفيضان أو الزلزال أو الحرب، التى يستحيل معها وصول الجريدة الرسمية إلى جزء الإقليم الذى تعرض لهذه الكارثة.

وواضح مما قلناه أن هذا الإستثناء إنما ينصرف إلى القواعد التشريعيه، لأنها وحدها التى تنشر فى الجريدة الرسمية ويفترض العلم بها بهذا النشر.

غير أنه بجانب هذا الاستثناء المسلم به فى القانونين المصرى واللبنانى يضيف هذا القانون الأخير حالات أخرى يجعل فيها المشرع اللبنانى الغلط فى القانون مانعاً من العقاب، وهو ما نصت عليه المادة ٢٢٣ من قانون العقوبات بقولها «لا يمكن أحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله اياها تأويلا مغلوطا فيه. غير انه يعد مانعا للعقاب:

١- الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو ادارية يتوقف عليها فرض العقوبة.

٢- الجهل بشريعة جديدة إذا إقترف الجرم فى خلال الايام الثلاثة التى تلت نشرها.

٣ - جهل الأجنبى الذى قدم لبنان منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها شرائع بلاده أو شرائع البلاد التى كان مقيما فيها».

هذا ويلاحظ أن الاستثناء الأول الوارد فى هذه المادة إنما هو إستثناء فى الظاهر فقط، لأن الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض العقوبة، لا يمنع من تطبيق حكم القاعدة المدنية أو الإدارية حتى على الجاهل بها. وعلى هذا يكون الإعفاء من العقوبة ليس أساسه الجهل بهذه القاعدة القانونية المدنية أو الإدراية، انما يكون أساسه إنتفاء القصد الجنائى – وهو ركن من أركان الجريمة – ما دام الفاعل يجهل القاعدة المدنية أو الادارية التى لا يتحقق وجود القصد الجنائى الا بالعلم بها[1].

أما الإستثناء الثانى فهو نادر الوقوع، لأن قوامه أن يتم إقتراف الجرم فى خلال الأيام الثلاثة التى تلى الشريعة الجديدة، فى حين أن القاعدة فى القانون اللبنانى ألا يبدأ العمل بالنصوص التشريعية إلا من اليوم الثامن الذى يلى نشرها فى الجريدة الرسمية ما لم يكن هناك نص مخالف، كالنص على نفاذ التشريع من يوم النشر.

أما الإستثناء الثالث والأخير وهو عذر الأجنبى الذى يرتكب – فى خلال الأيام الثلاثة من قدومه لبنان – فعلاً لا يحرمه قانون دولته أو قانون الدولة التى كان مقيما فيها، فهو الاستثناء العملى الوحيد.

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، بند ١١٤ .

الفصل الثاني

نطاق القاعدة القانونية من حيث المكان

١٦٦- أقليمية القوانين وشخصية القوانين:

يثير تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان التساؤل فيما اذا كان قانون الدولة يطبق داخل اقليمها على المقيمين فيها من وطنيين وأجانب، أى يطبق على جميع الأشخاص الموجودين على أرضها بصرف النظر عن جنسيتهم، وهو مايعرف بمبدأ اقليمية القوانين (principe de la territorialité dos lois) أم أن قانون الدولة يقتصر تطبيقه على الوطنيين اينما وجدوا أى سواء كانوا داخل اقليم الدولة أم خارج حدود هذا الاقليم، فيتبعهم أين ساروا، وهو ما يعرف بمبدأ شخصية القوانين (Principe de la personnalité de lois).

يسند مبدأ اقليمية القوانين فكرة سيادة الدولة على اقليمها فيخضع لحكم قوانينها الاجنبى خضوع الوطنى له. ويسند مبدأ شخصية القوانين فكر سيادة الدولة على رعاياها فينصرف إليهم – دون الاجانب – حكم قوانينها أينما وجدوا، ولو أقاموا خارج وطنهم.

والأصل فى مصر ولبنان هو الأخذ بمبدأ اقليمية القوانين، وهو المبدأ الغالب فى الوقت الحاضر، غير أن هذا المبدأ لا يؤخذ به على

إطلاقه بل ترد عليه عدة استثناءات.

١٦٧- الإستثناءات من مبدأ اقليمية القوانين:

يرد على مبدأ اقليمية القوانين إستثناءات عدة يمكن إجمالها فيما يأتي:

الإستثناء الأول – ويتعلق بالحقوق والواجبات العامة التى يقررها الدستور للوطنيين دون الأجانب كحق الإنتخاب، وحق الترشيح للهيئات العامة، وحق تولى الوظائف العامة (وقد يتولاها الأجنبى بشروط معينة)، وبعض الواجبات العامة كواجب أداء الخدمة العسكرية.

الإستثناء الثاني - ويتعلق بتطبيق قانون العقوبات، ذلك أنه إذا كان الأصل هو اقليمية هذا القانون (المادة الأولى من قانون العقوبات المصرى والمادة ١/١٥ من قانون العقوبات اللبنانى)، إلا أن الصالح العام للدولة قد يقتضى الخروج على هذا الأصل وإعطاء الدولة حق العقاب على كل من يرتكب فى الخارج جريمة تخل بأمنها أيا كانت جنسيته، أى سواء كان من الوطنيين أم من الأجانب[١].

الإستثناء الثالث - ويتصل بالحصانة القضائية التى يقررها القانون الدولى العام لبعض الأجانب كرؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين، وفى حدود هذه الحصانة لا يخضعون لولاية القضاء الوطنى، ولا يطبق عليهم بالتالى قانون الدولة التى يزاولون عملهم فيها.

---

(١) راجع فى هذا الشأن المواد ٢، ٣، ٤، من قانون العقوبات المصرى والمواد ١٨ وما بعدها من قانون العقوبات اللبنانى.

الإستثناء الرابع - ومرده الأخذ بقواعد الاسناد فى القانون الدولى الخاص، اذ قد يؤدى أعمال هذه القواعد إلى تطبيق قانون أجنبى داخل الدولة، وفى هذا خروج على مبدأ إقليمية قانونها، أو يؤدى إلى تطبيق قانونها خارج حدودها، وهو ما يضفى على قانونها صفة شخصية التطبيق فى هذه الحالة.

فمثلا فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية – وهى أكثر المسائل إتصالا بالشخص – تقضى قواعد الإسناد فى كل من القانونين المصرى واللبنانى بتركها لقانون الدولة التى ينتمى اليها الشخص بجنسيته. فاذا ثار نزاع فى مصر بين زوجين أجنبيين بالنسبة إلى الشروط الموضوعية لصحة زواجهما، طبق على هذا النزاع قانون جنسيتهما. وإذا تم الزواج بين مصريين فى الخارج، خضعت الشروط الموضوعية لصحة هذا الزواج للقانون المصرى.

الفصل الثالث
نطاق القاعدة القانونية من حيث الزمان

١٦٨- تمهيد:

تظل القاعدة القانونية، أياً كان مصدرها، سارية المفعول أى نافذة، حتى ينقضى العمل بها عن طريق الإلغاء. وإلغاء القاعدة القانونية قد يكون بإحلال قاعدة قانونية جديدة محلها، وقد يكون بمجرد الإستغناء عنها بعد إستنفاد الغرض منها.

وإحلال قاعدة قانونية جديدة محل قاعدة قانونية قديمة يثير مسألة تنازع القوانين فى الزمان، وهو ما سنتناوله بالبحث بعد الكلام عن إلغاء القاعدة القانونية.

الفرع الاول
إلغاء القاعدة القانونية

١٦٩- المقصود بالإلغاء:

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية إنهاء العمل بها وذلك بتجريدها من قوتها الملزمة. والإلغاء قد يكون ضمنياً، ويجب فى الحالتين أن يصدر من السلطة التى أنشأت القاعدة القانونية، وعلى ذلك

سنتكلم أولاً فى أنواع الإلغاء ثم ثانيا فى السلطة التى تملك الإلغاء.

المبحث الاول

أنواع الإلغاء

١٧٠- الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني:

تنص المادة الثانية من التقنين المدنى المصرى على أنه «لا يجوز الغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على الإلغاء، أو يشمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع».

وظاهر من هذا النص أن الإلغاء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، وهو ما سنتناول فيما يلى:

١٧١- الإلغاء الصريح: (L'abrogation expresse)

يكون الإلغاء صريحاً إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تنص صراحة على نسخ القاعدة القانونية القديمة، ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والخاص بإصدار التقنين المدنى المصرى، إذ جاء فيها «يلغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣، والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥، ويستعاض عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون».

هذه صورة من صور الإلغاء الصريح، وهناك صورة أخرى تتمثل

فى حالة ما إذا كان سريان القاعدة القانونية موقوتا بمدة معينة، بحيث تعتبر القاعدة ملغية بإنقضاء هذه المدة. ومن الأمثلة على ذلك القوانين التى يصدرها المشرع أثناء الحرب لمواجهة ظروفها، وينص فيها على العمل بها أثناء مدة الحرب فقط، فإذا إنتهت الحرب إنتهى العمل هذه القوانين.

١٧٢- الإلغاء الضمني: (L'abrogation tacite)

يتحقق الإلغاء الضمنى إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع قاعدة قانونية قديمة، أو إذا صدر تشريع جديد ينظم موضوعاً سبق أن نظمه تشريع سابق. وسنتناول بالبحث هاتين الصورتين من صور الإلغاء الضمنى.

١٧٣- التعارض بين قاعدة جديدة وأخري قديمة:

إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع قاعدة قانونية قديمة وإستحال بذلك الجمع بينهما، إعتبرت القاعدة القديمة منسوخة وملغاة بالقاعدة الجديدة.

والنسخ أو الإلغاء يكون فى حدود التعارض، بمعنى أنه إذا كان التعارض كلياً إعتبر القانون القديم منسوخاً بأكمله نسخاً ضمنياً، أما إذا كان التعارض جزئياً فلا ينسخ القانون القديم إلا فى حدود الأحكام التى وقع بينها التعارض.

ويقع التعارض الجزئى إذا اختلفت صفة القاعدتين بأن كانت أحدهما عامة والأخرى خاصة.

فقد يقع أن تضع القاعدة القانونية القديمة القديمة حكماً عاماً، ثم تأتى قاعدة قانونية جديدة بحكم خاص، وفى هذه الحالة لا تلغى القاعدة القانونية القديمة بأكملها، وإنما ينسخ منها ما خصصته القاعدة القانونية الجديدة فقط.

ومن الأمثلة على ذلك فى القانون اللبنانى، أن قانون المرابحة العثمانى الصادر فى ٩ رجب سنة ١٣٠٩ هجرية عين الحد الأقصى للفائدة بـ٩ ٪ لكل الديون المدنية والتجارية (م٣)، ثم صدر قانون الرهونات العقارية بالقرار رقم ١٣٢٩ فى ٢٠ آذار سنة ١٩٢٢ مجيزا رفع الحد الأقصى للفائدة إلى ١٢ ٪ فى شأن الديون المضمونة بتأمينات أى برهون عقارية (م١٠١). ولما كان قانون المرابحة العثمانى قانونا عاما، وقانون الرهونات العقارية قانونا خاصا أى قاصرا على حالة الرهون العقارية. فإنه لا يلغى الحكم العام فى شأن الحد الأقصى للفائدة الا فى خصوص الرهونات العقارية فقط. فيظل الحد الأقصى للفائدة ٩ ٪ الا بالنسبة للديون المضمونة برهون عقارية فيجوز أن يصل إلى ١٢ ٪.

وقد يقع أن تضع القاعدة القانونية القديمة حكماً خاصاً، ثم تأتى قاعدة قانونية جديدة بحكم عام، وفى هذه الحالة لا يلغى الحكم الخاص القديم بل يظل قائما كاستثناء من الحكم العام الجديد.

ومن الأمثلة على ذلك أن قانون الرهونات العقارية السالف الذكر والصادر سنة ١٩٢٢ جعل الحد الأقصى للفائدة ١٢ ٪ بالنسبة للديون المضمونة برهون عقارية، ثم صدر بعد ذلك قانون ٢٤ حزيران سنة ١٩٣٩ الخاص بجرية المراباة، والذى اعتبر دين مراباة كل قرض مالى عقد لغايات غير تجارية بفائدة تزيد على ٩ ٪. فهذا القانون الأخير

وهو الأحدث قد أتى بحكم عام فى شأن القروض غير التجارية، ولذا لا يلغى حكم قانون الرهونات العقارية لأن حكمه الخاص قاصر على القروض المضمونه برهون عقارية[1].

وخلاصة القول أنه لكى يقع الالغاء الضمنى الكلى يجب أن تكون القاعدتان من نوع واحد، بأن تكون كلتاهما عامة أو كلتاهما خاصة، أما إذا اختلفتا الصفة بأن كانت احدهما عامة والأخرى خاصة فإن الإلغاء الضمنى يكون جزئيا.

١٧٤- تنظيم نفس الموضوع من جديد:

إذا صدر تشريع جديد ينظم موضوعاً سبق أن نظمه تشريع قديم، فإن هذا التشريع الاخير يلغى ضمنيا الغاء كليا، أى حتى فيما لم تتعارض فيه نصوصه مع التشريع الجديد، والعلة فى ذلك أن إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد إنصراف نيته إلى العدول عن التشريع القديم بأكمله.

المبحث الثاني

السلطة التي تملك الالغاء

١٧٥- يملك الإلغاء من يملك الانشاء:

الأصل أن السلطة التى تملك إلغاء القاعدة القانونية إنما هى

---

(١) تزيد المشرع اللبنانى فأشار إلى ذلك صراحة فى المادة الأولى من قانون سنة ١٩٣٩ بقوله: «مع مراعاة الأحكام القانونية التى تحدد معدل الفائدة فى الرهونات العقارية». راجع حسن كيرة. المرجع السابق، بند ١٢١، ص٢٣٩ .

السلطة التى تملك إنشاءها، أو سلطة أعلى منهـا، لأن المبـدأ أن من يملك الاكثر يملك الأقل.

فالقاعدة التشريعية تلغيها قاعدة تشريعية مثلها أو قاعدة تشريعية أعلى منها. فالتشريع الأساسى يلغى بتشريع أساسى مثله، والتشريع العادى يلغى بتشريع عادى أو أساسى، والتشريع الفرعى يلغى بتشريع فرعى أو عادى أو اساسى.

١٧٦- الأثر المترتب علي تدرج مصادر القانون:

يترتب على تدرج مصادر القانون أن التشريع وهو أعلاها مرتبة يستطيع أن يلغى أية قاعدة نابعة من مصدر آخر.

فالقاعدة التشريعية تستطيع إلغاء قاعدة عرفية أو قاعدة دينية، دون أن يمس هذا الإلغاء بالصفة الدينية للقاعدة، وإنما يرفع عنها فقط قوتها الملزمة كقاعدة من قواعد القانون الوضعى.

والقاعدة العرفية تلغيها قاعدة عرفية مثلها، أى أنه إذا تكون عرف جديد مخالف للعرف القديم فإنه يترتب على ذلك إلغاء هذا العرف القديم.

ويترتب على تدرج مصادر القانون، أنه فى نطاق المعاملات المالية، يستطيع العرف فى مصر أن يلغى قاعدة مستمدة من مبادئ الشريعة الاسلامية، بإعتبارها إحدى قواعد القانون الوضعى.

ويترتب على تدرج مصادر القانون، أنه فى نطاق المعاملات المالية، لا يستطيع العرف إلغاء قاعدة تشريعية لأن الأدنى لا يتسطيع نسخ الأعلى، وعلى هذا النحو لا يترتب على اهمال تطبيق قاعدة تشريعية لمدة طويلة إعتبارها ملغية عن طريق عدم الإعمال (désuétude) لأن عدم إعمال

قاعدة تشريعية لمدة طويلة ما هو إلا عرف سلبى، والعرف لا يستطيع إلغاء التشريع.

الفرع الثاني

تنازع القوانين في الزمان

١٧٧- وجه المشكلة:

إذا تم إلغاء قاعدة قانونية وإحلال أخرى مكانها، فطبيعى أن القاعدة الجديدة تسرى إعتباراً من تاريخ نفاذها على الوقائع والتصرفات التى تحدث من هذا التاريخ،وهذا ما يعبر عنه بالأثر المباشر للقانون (**effet immediat**)، وطبيعى كذلك أن هذه القاعدة الجديدة لا تسرى على الوقائع والتصرفات التى تمت قبل نفاذها، بل تظل هذه الوقائع والتصرفات محكومة بالقاعدة القديمة، وهذا ما يعرف بمبدأ عدم رجعية القوانين.

والأمر يبدو سهلاً ميسوراً إذا تعلق التطبيق بوقائع أو تصرفات تمت وترتبت آثارها فى ظل القاعدة القانونية القديمة، إذ لا مجال للشك فى سريان هذه القاعدة، كعقد بات رتب كافة آثاره قبل نفاذ القاعدة الجديدة، إذ لا شبهة فى سريان القاعدة القديمة عليه.

ولكن الأمر لا يسير دائماً على هذا النحو إذ أن من الوقائع أو الأعمال القانونية ما يتطلب وقتاً طويلاً لتكوينه أو لترتيب آثاره، فينشأ التنازع بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة على حكم هذه الوقائع أو هذه الأعمال.

فلو فرض أن عقد قرض قد عقد فى ظل قانون قديم يبيح إشتراط فائدة قدرها ٩ ٪، ثم صدر قانون جديد يخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الإتفاقية إلى ٧ ٪ فأى القانونين يطبق بالنسبة للفوائد التى تستحق بعد نفاذ القانون الجديد؟

كذلك لو كان سن الرشد وفق القانون القديم هو ١٨ سنة، ثم صدر قانون جديد يرفع سن الرشد إلى ٢١ سنة، فما حكم تصرفات الشخص الذى يتجاوز عمره ١٨ سنة ولم يبلغ بعد ٢١ سنة، هل يظل راشداً بالنسبة لها أم يعتبر قاصرا؟

يمكن حل هذه المشكلة فى الأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين.

١٧٨- الإعتبارات التي يقوم عليها مبدأ عدم رجعية القوانين:

يقوم مبدأ عدم رجعية القوانين على إعتبارات مختلفة يمكن اجمالها فيما يلى:

أولاً- العدالة: فليس من العدل فى شئ مفاجأة الناس بقانون جديد يعاقب على أعمال أباحها القانون القديم، ومحاسبتهم على ما أتوا من هذه الأعمال فى ظل القانون القديم.

ثانياً- إستقرار المعاملات: إذ تقضى المصلحة العامة بألا يسرى القانون الجديد على علاقات قانونية نشأت ورتبت كافة آثارها فى كنف القانون القديم، لأننا لو أبحنا للقانون الجديد أن يمس هذه العلاقات وأن يعدل فى آثارها لإضطربت المعاملات ولأهتزت الثقة بالقانون.

فإذا كان القانون القديم يجيز الوصية فى حدود التركة ١/٣ التركة دون حاجة إلى إجازة الورثة، ثم صدر قانون جديد يجعل النصاب الجائز الايصاء به هو ١/٤ التركة، فإنه لا يسرى على الوصايا التى رتبت آثارها فى ظل القانون القديم.

ثالثاً- المنطق والذوق السليم: بما أن من المبادئ المسلم بها وجوب نشر القانون فى الجريدة الرسمية حتى يعلم به الناس، فالمنطق يتطلب ألا يكون له أثر على ما سبق نشره ونفاذه من علاقات قانونية تم ترتيبها وفق أحكام القانون القديم.

ونظراً لأهمية هذه الإعتبارات التى بنى عليها مبدأ عدم رجعية القوانين حرصت التشريعات الحديثة على النص عليه، بل أن من الدول ما يضمن الدستور هذا المبدأ، وهو ما فعله الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٧١، اذ نص فى المادة ١٨٧ منه على أنه «لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز، فى غير المواد الجنائية، النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب».

١٧٩- الإستثناءات من مبدأ عدم رجعية القوانين:

يرد على مبدأ عدم رجعية القوانين عدة إستثناءات يمكن إجمالها فيما يأتى:

الإستثناء الأول - النص الصريح: مبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضى لا المشرع، فللمشرع دائما – اذا دعت المصلحة العامة – أن

ينص فى القانون الجديد على إنسحاب أثره على الماضى. ويجب أن يكون النص على إسناد أثر القانون الجديد إلى الماضى صريحاً.

وبديهى أن على المشرع ألا يسئ إستعمال هذا الحق، وألا يلجأ إليه إلا إذا دعت الضرورة والمصلحة العامة إلى ذلك.

الإستثناء الثاني - القوانين الجنائية الأصلح للمتهم: الأصل أن القوانين الجنائية لا تنسحب إلى الماضى، وقد عنى الدستور المصرى – كما رأينا – بالتنوية بذلك، لما فى هذا من ضمان للحرية الشخصية، كما قرر أيضا أنه «لاجريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها».

إلا أنه استثناء من هذا الأصل تنسحب القوانين الجنائية على الماضى إذا كانت أصلح للمتهم بأن كانت تخفف من العقوبة أو تبيح الفعل، لأنه ليس فى ذلك مساس بالحرية الشخصية بل العكس.

وإستفادة المتهم من القانون الجديد المخفف للعقوبة مشروط بألا يكون هذا القانون قد صدر بعد صدور حكم نهائى على المتهم، أى حكم قد إستنفد طرق الطعن فيه أو بعبارة أخرى أن المتهم يستفيد من كل قانون جديد مخفف للعقوبة لو صدر هذا القانون بعد الحكم عليه، بشرط ألا يكون هذا الحكم قد أصبح نهائياً، لأن التخفيف بعد صدور حكم نهائى يتطلب صدور حكم جديد يقرر هذا التخفيف وهو أمر يتعارض مع حجية الأمر المقضى.

أما إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل، فإن المتهم يستفيد منه سواء صدر هذا القانون قبل أن يصبح الحكم على المتهم نهائياً أو بعد

أن أصبح كذلك، لأنه إذا صدر قبل الحكم النهائى قضت المحكمة بالبراءة، واذا صدر بعد الحكم النهائى فيكفى وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها.

الإستثناء الثالث - القوانين المفسرة لأن الغرض من هذه القوانين هو تحديد معنى نصوص تشريعية قائمة، وإزالة ما فيها من غموض أو لبس، ولذا فان القانون المفسر يعتبر جزءاً من القانون السابق الذى صدر لتفسيره، وعلى هذا النحو فإن أثره ينسحب إلى الماضى، ويتعين على المحاكم تطبيقه على القضايا التى لم يتم الفصل فيها بعد بحكم نهائى.

الإستثناء الرابع - القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب كالقوانين المتعلقة بالأهلية، فمثلاً إذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد من ١٨ إلى ٢١ سنة، فانه يسرى على الأشخاص الذين بلغوا ١٨ سنة فى ظل القانون القديم ولم يبلغوا بعد ٢١ سنة وقت نفاذ القانون الجديد، فيعتبرون قصراً بعد نفاذ هذا القانون، هذا مع ملاحظة أن التصرفات القانونية التى عقدها هؤلاء الأشخاص قبل صدور القانون الجديد تظل صحيحة ومرتبة لآثارها القانونية، لأنها صدرت من أشخاص اعتبرهم القانون كاملى الأهلية وقت إنعقادها.

القسم الثاني

الحـــق

مقدمة

١٨٠- التعريف بالحق:

الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص قبل آخر يحميها القانون. كحق الملكية على عقار أو منقول، وحق الدائن قبل مدينه.

والحق لا يوجد إلا لشخص، سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا، وهو يوجد قبل شخص آخر، لأن كل حق يقابلة التزام، فحق الملكية يستتبع إلتزام الكافة بعدم التعرض للمالك فى ملكه، وحق الدائنية يستتبع التزام المدين بالوفاء بالدين.

ولكل حق محل، ومحل الحق قد يكون عملاً كما فى الحق الشخصى أى حق الدائنية، وقد يكون شيئاً كما فى الحق العينى كحق الملكية.

وكل حق يحميه القانون عن طريق الدعوى، ولذا يقال أن الدعوى هى الحق نشط ليدرأ عن نفسه الاعتداء أمام القضاء.

١٨١- خطة البحث:

سنتناول فى دراستنا لنظرية الحق، كما ألمحنا إليها فى التعريف السابق الذكر. البحث فى الموضوعات الآتية.

أولاً- أنواع الحق.

ثانياً- أركان الحق.

ثالثاً- مصادر الحق ونلحق بها إثباته.

الباب الأول

انواع الحق

١٨٢ - تقسيم:

تنقسم الحقوق بوجه عام إلى حقوق سياسية وحقوق مدينة. وتنقسم الحقوق المدينة إلى حقوق عامة وحقوق خاصة. وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية، وتنقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية، وسنعنى بدراسة هذا التقسيم الأخير.

١٨٣ - الحقوق السياسية:

الحقوق السياسية (droits politiques) هى التى تخول الشخص حق المساهمة فى إدارة شؤون الحكم فى بلده، ولذا كانت بحسب الأصل قاصرة على الوطنيين دون الأجانب، ومثلها حق الإنتخاب وحق الترشيح للمجالس النيابية وحق تولى الوظائف العامة، ولو أنه بالنسبة إلى هذا الحق الأخير قد تدعو الحاجة إلى الإستعانة بخبرة الأجانب فى بعض الحالات.

وإذا كان الأصل أن الحقوق السياسية تثبت للوطنيين دون الأجانب، إلا أنها مع ذلك لا تثبت لجميع الوطنيين، بل لمن تتوافر شروط معينة

فيهم، كشرط السن لمباشرة حق الإنتخاب أو حق الترشيح للمجالس النيابية.

١٨٤- الحقوق المدنية:

الحقوق المدنية (droits civils) هى الحقوق اللازمة للشخص باعتباره عضوا فى المجتمع الانسانى كالحق فى الحياة وفى حرية العقيدة، ولذا فهى تثبت لجميع الأشخاص سواء كانوا من الوطنيين أم من الأجانب.

والحقوق المدنية تنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

١٨٥- الحقوق العامة:

الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية (droits de la person-nalité) هى الحقوق المستمدة من طبيعة الشخص كانسان، ولذا تسمى بالحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان.

والحقوق العامة على أنواع ثلاثة، يتصل كل نوع منها بجانب من جوانب شخصية الانسان.

فأما النوع الأول فيقصد به توفير الحماية اللازمة للإنسان فى جسمة وفى أعضائه، كحقه فى الحياة وفى عدم الاعتداء عليه، وقد تكفل قانون العقوبات بضمان هذا النوع من الحقوق عن طريق عقاب من يعتدى على آخر بالقتل أو الجرح أو الضرب... الخ.

وأما النوع الثانى فيرمى إلى حماية الانسان فى كيانه المعنوى أو الأدبى كحقه فى المحافظة على سمعته أو شرفه، وفى تعويضه عما يصيبه من ضرر إذا وقع إعتداء يمس هذه الناحية من نواحى شخصيته.

وأما النوع الثالث فيهدف إلى تمكين الشخص من مزاولة نشاطه، وهذه هى الحريات الشخصية: كحرية الانتقال، وحرية الإقامة، وحرية العمل، وحرية التملك، وحرية التعاقد، وحرية الزواج، وحرمة المسكن.

هذا ويلاحظ أن ما يميز الحقوق العامة بإعتبارها حقوقاً لصيقة بالشخصية أنها حقوق غير مالية أى لا تقوم بالنقود، غير أن هذه الصفة لا تمنع من أن لكل من أصابه ضرر من جراء الإعتداء على حق منها أن يطالب بتعويض هذا الضرر، والى هذا أشارت المادة ٥٠ من التقنين المدنى المصرى بقولها «لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الإعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».

١٨٦- الحقوق الخاصة:

الحقوق الخاصة هى الحقوق التى تكفل للشخص مزاولة نشاطه سواء فى نطاق الأسرة أم فى نطاق المعاملات المالية، ولذا فهى تنقسم إلى حقوق أسرة وحقوق مالية.

١٨٧- حقوق الأسرة:

حقوق الأسرة (droits de famille) هى الحقوق التى تثبت للشخص باعتباره عضوا فى أسرة معينة، سواء كان ذلك بسبب الزواج أم النسب. وهذه الحقوق تقترن بتكاليف معينة، كقوامة الزوج على الزوجة، وكحق الزوجة فى النفقة، وكولاية الأب على أبنائه الصغار، وكحق الأبناء فى الانفاق عليهم، وكالحق فى الارث ... الخ.

وحقوق الأسرة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، وقد رأينا أنها تخضع فى مصر ولبنان لأحكام الدين وما صدر فى شأنها من قوانين خاصة.

١٨٨ - الحقوق المالية:

الحقوق المالية (droits pécuniaires) هى الحقوق التى يقوم محلها بالنقود، وهى قوام المعاملات المالية. وتنقسم هذه الحقوق إلى أنواع ثلاثة هى: الحق العينى ومحله شئ مادى كحق الملكية، والحق الشخصى ومحله عمل كدين القرض، والحق المعنوى ومحله شئ غير مادى أى شئ معنوى كحق المؤلف. وهذه هى الحقوق التى سنعنى ببحثها.

الفصل الأول

الحق العيني

١٨٩-التعريف بالحق العيني:

الحق العينى (droits réel) هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شئ معين، كحق الملكية مثلا.

والحق العينى ككل الحقوق يقابله واجب، ويتمثل هذا الواجب فى التزام كافة الناس بإحترام هذا الحق وعدم التعرض لصاحبه، ولذا فإن هذا الواجب يعتبر واجباً عاماً أى يلتزم به الجميع، كما يعتبر واجبا سلبياً لأن مؤداه الامتناع عن الإعتداء على هذا الحق.

والحقوق العينية تنقسم إلى قسمين: حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية.

الفرع الأول

الحقوق العينية الأصلية

١٩٠- التعريف بالحق العيني الأصلي:

الحق العـينى الأصلى هو الحق الذى يقـوم بذاتـه، أى لا يسـتند فى وجوده إلى حق آخر، كحق الملكية.

والحق العينى الأصلى إما أن يرد على مال الشخص نفسه كالملكية، واما ان يرد على مال الغير كحق الانتفاع وحق الحكر وحق الإرتفاق. وسنتكلم أولاً فى حق الملكية، ثم فى الحقوق المتفرعة عنها.

١٩١- حق الملكية:

يعتبر حق الملكية (droits de propriété) أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا، نظرا لما يخوله لصاحبه من سلطات، وهو ما يستفاد من نص المادة ٨٠٢ من التقنين المدنى المصرى التى تقضى بأنه «لمالك الشئ وحده، فى حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه»[١].وهذه هى السلطات الثلاث التى يخولها حق الملكية لصاحبه.

فأما استعمال الشئ فيقصد به إستخدام الشئ فيما أعد له. فاستعمال الدار يكون بسكناها، وإستعمال الأرض يكون بزراعتها.

أما إستغلال الشئ فالمراد به الحصول بطريق غير مباشر على الثمار التى يكون قابلاً لإنتاجها، كتأجير الأرض أو الدار والحصول على أجرتها.

والثمار هى كل ما ينتجه الشئ فى مواعيد دورية منتظمة دون انتقاص من أصله. والثمار اما أن تكون طبيعية كالكلأ ونتاج المواشى، وإما أن تكون صناعية كالمزروعات، واما أن تكون مدنية كأجرة المبانى والأراضى الزراعية.

أما التصرف فى الشئ فقد يكون تصرفاً مادياً وقد يكون تصرفاً قانونياً، مادياً بتغيير شكله أو إتلافه أو إستهلاكه كهدم منزل مثلا، قانونياً ببيعه أو هبته أو تقرير حق عينى آخر عليه كحق الارتفاق.

---

(١) راجع المادة ١١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى.

والسلطات الثلاثة أو العناصر الثلاثة السابقة الذكر، والتى يتكون منها حق الملكية، قد تكون مجتمعة فى يد شخص واحد، فيقال ان له حق ملكية تامة عى الشئ، وقد تكون موزعة بين عدة أشخاص، فيكون لشخص حق إستعمال الشئ فقط ويسمى الحق السكنى إذا كان خاصا بدار، وقد يكون له حق الاستغلال فقط، وقد يكون له الحقان معا أى الإستعمال والإستغلال، فيقال أن له حق الانتفاع. واذا اقتصر حق الشخص على التصرف دون الإنتفاع يقال أن له ملكية الرقبة.

١٩٢- الحقوق المتفرعة عن الملكية:

يقصد بالحقوق المتفرعة عن الملكية الحقوق العينية التى تقتطع بعض عناصرها لمصلحة شخص آخر غير المالك.

والحقوق المتفرعة عن الملكية فى القانون المصرى هى: حق الانتفاع، وحق الإستعمال وحق السكنى، وحق الحكر، وحق الإرتفاق[1].

---

(١) أشارت المادة العاشرة من قانون الملكية العقارية اللبنانى الى الحقوق المتفرعة عن الملكية، فذكرت التصرف، والسطحية، والانتفاع، وحق الأفضلية على الأراضى الخالية المباحة، والارتفاقات العقارية، والوقف، والاجارتين، والاجارة الطويلة، والخيار الناتج عن الوعد بالبيع.

وقد أضاف المشرع اللبنانى الى هذه الحقوق «حق المساقاة» (ويقصد حق الاجارة العينية) بالقرار رقم ١٢ الصادر فى ١٦ كانون الثانى سنة ١٩٣٤ .

وقد ألغى المشرع اللبنانى حق الاجارتين بمقتضى قانون تنظيم الوقف الصادر فى ١٠ أذار سنة ١٩٤٧، كما ألغى بهذا القانون كذلك حق الاجارة الطويلة. كذلك ألغى المشرع اللبنانى حق السطحية بالنسبة بالمستقبل بمقتضى المادة ٣١ من نفس قانون الملكية العقارية. أخيرا نستبعد الوقف لان العين الموقوفة تعتبر مملوكة للوقف باعتباره شخصاً معنويا.

١٩٣- حق الإنتفاع:

حق الإنتفاع (Le droit d'usufruit) هو الحق الذى يخول الشخص إستعمال وإستغلال ملك غيره. أما التصرف فيبقى للمالك الذى يطلق عليه فى هذه الحالة اسم مالك الرقبة.

وحق الإنتفاع ينقضى بإنقضاء الأجل المعين له، فإن لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع، وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين (م ٩٩٣ مدنى).

١٩٤- حق الاستعمال وحق السكني:

حق الإستعمال (Le droit d'usage) هو حق عينى يخول صاحبه إستعمال الشئ بمقدار ما يحتاج اليه هو وأسرته الخاصه فقط. فإذا ورد هذا الحق على حديقة فليس لصاحبه من ثمارها إلا مقدار ما يحتاجه هو وأسرته فحسب، أما ما زاد عن حاجته وحاجة أسرته فليس له التصرف فيه (م٩٩٦ مدنى).

أما حق السكنى (Le droit d'habitation) وهو خاص بالدور، فيخول صاحبه حق سكنى الدار فقط، أى ليس له الإنتفاع بها بغير السكن كاستخدامها كمكتب أو متجر مثلا، ولذا فهو يعتبر أضيق نطاقاً من حق الاستعمال.

وتسرى على حق الإستعمال وحق السكنى الأحكام الخاص بحق الإنتفاع فيما لا يتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٨ مدنى).

١٩٥- حق الحكر:

حق الحكر حق عينى يخول للمحتكر الانتفاع بأرض للغير عن طريق البناء أو الغراس فى مقابل دفع أجرة الحكر وهى أجرة المثل.

ولا يجوز ترتيب حكر الآن فى القانون المصرى إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢/١مدنى). ويملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر (م١٠٠٢)، وينتقل هذا الحق بوفاة المحتكر إلى ورثته (م١٠٠١مدنى). هذا وقد أخذ المشرع نظام الحكم عن الشريعة الاسلامية.

١٩٦- حق الارتفاق:

حق الإرتفاق (Le droit de servitude) هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر يملكه شخص آخر. ويسمى العقار المقرر عليه هذا التكليف بالعقار الخادم أو العقار المرتفق به (Le fonds servant) ويسمى العقار المقرر لمنفعته هذا التكليف بالعقار المخدوم أو العقار المرتفق (le fonds dominant) ومن الأمثلة على ذلك حق الإرتفاق بالمرور الذى يوجد طريقا على العقار الخادم لصالح العقار المخدوم، وحق الإرتفاق بالمطل الذى يبيح فتح مطلات فى غير المسافات القانونية على العقار الخادم لمنفعة العقار المخدوم.

وحق الإرتفاق يتعلق بالعقار المقرر لمنفعته وليس بمالكه، ولذا فهو لا ينقضى بانتقال ملكية العقار من شخص إلى آخر.

الفرع الثاني

الحقوق العينية التبعية

١٩٧- الغرض من تقرير هذه الحقوق:

يقضى القانون بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، وهذا ما يعرف بالضمان العام للدائنين (gage commun) ومن مقتضى هذا

الضمان أن لكل دائن أن ينفذ بحقه على أي مال من الأموال التي تكون مملوكة لمدينه وقت التنفيذ، سواء كان هذا المال من المنقولات أم من العقارات.

غير أن هذا الضمان العام لا يوفر للدائنين الحماية الكافية، لأنه لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله، وبذا يستطيع أن يبعدها عن متناول يد الدائنين الذي سيقتصر حقهم على التنفيذ على الأموال الموجودة في ذمته وقت التنفيذ، وقد لا تكفي للوفاء بجميع الديون، ولأنه من ناحية أخرى يخضع الدائنين لقاعدة قسمة الغرماء، وبذا لا يستوفي الدائن كل دينه.

ولتلافي خطر إعسار أو إفلاس المدين من ناحية، وإستبعاد قاعدة قسمة الغرماء من ناحية أخرى، يسعى الدائن للحصول على تأمين خاص. وهذا التأمين الخاص قد يكون تأميناً شخصياً كالكفالة أو تأميناً عينياً كالرهن الرسمي. والتأمينات العينية هي التي نسميها بالحقوق العينية التبعية.

وقد سميت عينية لأنها تخول الدائن سلطة مباشرة على مال معين من أموال المدين، وسميت تبعية لأنها لا تقوم مستقلة بنفسها، إنما تقوم مستندة أو تابعة لحق شخصي لضمان الوفاء به.

والحقوق العينية التبعية في القانون المصري هي الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي، وحق الإختصاص، وحق الإمتياز[1].

---

(١) الحقوق العينية التبعية في القانون اللبناني هي الرهن، والبيع بالوفاء، والتأمين، والامتياز، وقد ذكرتها المادة ١٠ من قانون الملكية العقارية اللبناني. يضاف إليها التأمين الجبري، وقد نصت عليه المادة ٤٥٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية.

١٩٨- الرهن الرسمي:

الرهن الرسمى (Le droit d'hypothèque) «عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار من أى يد يكون» (م١٠٣٠ مدنى).

أى أن الرهن الرسمى، وإن كان لا يحرم المدين من حيازة المال المرهون وإدارته والتصرف فيه، إلا أنه يخول الدائن أن يتتبع العقار المرهون فى أى يد إنتقل إليها كما لو تصرف فيه المدين بالبيع، وهذا ما يعرف بحق التتبع، كما يخول الدائن الحق فى استيفاء دينه من ثمن بيع العقار المرهون عند التنفيذ عليه، بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين الذين يلونه فى المرتبة، وهذا ما يعرف بحق الأفضلية.

١٩٩- الرهن الحيازي:

الرهن الحيازى (Le droit de gage) «عقد يلتزم به شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشئ لحين إستيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى إقتضاء حقه من ثمن هذا الشئ فى أى يد يكون» (م١٠٩٦ مدنى).

وإذا كان الرهن الحيازى يتفق مع الرهن الرسمى فى أنه يخول الدائن المرتهن حق التتبع وحق الأفضلية، إلا أنه يفترق عنه فى أمرين هما: أولا- أن الرهن الحيازى يرد على العقار والمنقول، بعكس الرهن الرسمى فهو لا يرد إلا على العقار. ثانيا - أن الرهن الحيازى يتطلب إنتقال حيازة

الشئ المرهون من المدين إلى الدائن أو إلى شخص آخر يتفقان عليه، فى حين أنه فى الرهن الرسمى تبقى حيازة العقار المرهون للمدين.

٢٠٠- حق الإختصاص:

حق الإختصاص (Le droit d'affectation) هو حق عينى تبعى يتقرر للدائن على عقار مملوك للمدين بموجب أمر يصدر من القاضى بناء على حكم بالدين واجب التنفيذ. وحق الاختصاص يقترب من الرهن الرسمى فيما يرتبه من حقوق للدائن، كما أنه يشتبه به فى أنه لا يرد إلا على العقار، وأنه لا يحرم المدين من حيازة هذا العقار.

٢٠١- حقوق الامتياز:

حق الإمتياز (Le droit de privilège) حق عينى تبعى يتقرر لبعض الديون بمقتضى نص فى القانون بسبب طبيعتها، وإلى هذا أشارت المادة ١١٣٠ من التقنين المدنى المصرى بقولها «١- الإمتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته. ٢- ولا يكون للحق إمتياز إلا بمقتضى نص فى القانون».

أى أن الإمتياز لا يتقرر بعقد كالرهن، ولا بأمر من القاضى كحق الإختصاص، وإنما يتقرر بمقتضى نص فى القانون.

وحق الإمتياز على نوعين: أولا – حق إمتياز عام يرد على جميع أموال المدين من عقارات ومنقولات، ومن أمثلته الإمتياز المنصوص عليه فى المادة ١١٤١ مدنى والتى تقرر أنه «يكون للحقوق الآتية إمتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار: (أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة

الأشهر الأخيرة. (ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس فى الستة الأشهر الأخيرة. (ج) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لاقاربه عن ستة الاشهر الاخيرة، . ثانيا - حق إمتياز خاص يرد على مال معين من أموال المدين، ومن أمثلته إمتياز بائع المنقول على الشئ المبيع، وإمتياز بائع العقار على العقار المبيع ضماناً لحقه فى الثمن (م١١٤٥ و ١١٤٧ من التقنين المدنى).

الفصل الثاني

الحق الشخصي

٢٠٢- التعريف بالحق الشخصي:

الحق الشخصى (droit personnel) رابطة بين شخصين يسمى أحدهما بالدائن والآخر بالمدين، وبمقتضى هذه الرابطة يكون للدائن مطالبة المدين بأداء مالى معين. وهذا الأداء قد يكون بإعطاء شئ كنقل ملكية شئ أو ترتيب حق عينى تبعى عليه كالرهن، وإما أن يكون بالقيام بعمل كإلتزام مقاول ببناء منزل، وإما بالإمتناع عن عمل كإلتزام بائع المحل التجارى بالإمتناع عن مزاولة نفس التجارة فى الجهة الكائن فيها المتجر المبيع.

غير أن هذا التقسيم الثلاثى للأداء محل نظر، لأنه إذا كان الأداء إعطاء شئ، فان المدين يلتزم فقط بالقيام بعمل هو إتمام الاجراءات اللازمة لنقل أو ترتيب الحق، أما الحق نفسه فإنه ينتقل أو يترتب بحكم القانون، ولذا فالأصح أن يقال أن الأداء هو عمل سواء كان عملاً إيجابياً أم عملاً سلبياً أى إمتناعا عن عمل.

ولما كان الحق الشخصى علاقة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، وانه يطلق عليه هذا الاسم أى الحق الشخصى أو حق الدائنية (droit de créance) إذا نظر إليه من ناحية الدائن، ويطلق عليه إسم الإلتزام (obli-gation) إذا نظر إليه من ناحية المدين.

٢٠٣- انواع الحق الشخصي:

إن الحق الشخصى بإعتباره رابطة يبن شخصين يلتزم بمقتضاه أحدهما بأداء مالى معين هو إعطاء شئ أو القيام بعمل إيجابى آخر أو بالامتناع عن عمل، من الممكن أن تتعدد صوره تعددا لا ينتهى، لأن صور الإعطاء أو العمل أو الإمتناع لا يمكن حصرها، وهو فى جميع هذه الصور لن يلزم إلا المدين، ولذا جاز تعدده تعدداً لا يدخل تحت حصر شريطة ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب.

أما الحقوق العينية ويقابلها دائما إلتزام على الكافة بإحترامها، فلا ينبغى أن يترك الشخص حراً فى انشاء ما يريد منها وتحميل الكافة واجب إحترامها بمحض ارادته، ولذا وردت فى القانون على سبيل الحصر.

وخلاصة القول أن الحق الشخصى خلافاً للحق العينى من الممكن أن تتعدد صوره، ولكن مهما تعددت هذه الصور فهى لن تخرج عن الأنواع الثلاثة التى ذكرناها وهى إعطاء شئ كنقل ملكية شئ، والقيام بعمل كالتزام البائع بتسليم المبيع أو إلتزام المقترض برد مبلغ القرض، والإمتناع عن عمل كإلتزام فنان قبل صاحب مسرح بعدم العمل على مسرح أخر.

الفصل الثالث

الحق المعنوي

٢٠٤- التعريف بالحق المعنوي:

يقصد بالحقوق المعنوية أو الحقوق الذهنية كما يطلق عليها الآن، الحقوق التى ترد على أشياء معنوية أى أشياء غير محسوسة من نتاج وخلق الفكر. وأهم ما يطالعنا فى هذا الشأن هو حق المؤلف على مصنفه (droit d'au-teur) وهو ما سنقتصر على دراسته فى إيجاز[1].

---

(١) بدأ تنظيم الحقوق الذهنية فى مصر اعتبارا من سنة ١٩٣٩، اذ صدر فى تلك السنة القانون رقم ٥٧ الخاص بحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية، ثم القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الذى تضمن بعض الأحكام المتعلقة بالمقومات المعنوية للمحل التجارى، ثم القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، وبصدور هذين القانونين تم تنظيم ما يسمى بالملكية الصناعية، واكتمل هذا التنظيم بصدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بالموافقة على الاتفاقات الدولية الخاصة بحماية الملكية الصناعية.

وفى سنة ١٩٥٤ صدر القانون رقم ٣٤٥ الخاص بحماية حقوق المؤلف. وأخيراً فى سنة ٢٠٠٢ صدر قانون الملكيه الفكريه رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الذى ينظم أحكام الملكيه الصناعيه والملكيه الأدبيه والفنيه.

٢٠٥- المقصود بالمؤلف:

يقصد بالمؤلف كل شخص ينتج انتاجا ذهنيا أو خلقا فكريا أيا كان نوعه ووسيلة التعبير عنه، مادام هذا الانتاج أو الخلق يتضمن قدرا معينا من الابتكار. وقد حدد القانون رقم ٨٢ الذى صدر فى مصر سنة ٢٠٠٢ المؤلف بأنه: الشخص الذى نشر المصنف منسوبا اليه، سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف، أو بأية طريقة أخرى من الطرق المتبعة فى نسبة المصنفات لمؤلفيها، سواء بذكر اسم المؤلف عليه أم بذكر اسم مستعار أم علامة خاصة لا تدع مجالا للشك فى التعرف على شخصية المؤلف، ما لم يقدم الدليل على عكس ذلك(١).

وعلى هذا النحو ينصرف لفظ المؤلف إلى الكاتب والمخترع والرسام والمثال والملحن، بل والى المترجم الذى يتولى ترجمة المصنف إلى لغة أخرى أو يقوم بتلخيصه أو تحويره أو شرحه أو التعليق عليه بطريقة تبرزه فى شكل جديد يضفى عليه طابع الإبتكار الذى هو شرط حماية القانون لحق المؤلف.

- وفى لبنان بدأ تنظيم الحقوق الذهنية بصدور القرار رقم ٢٣٨٥ بتاريخ ١٧ كانون الثانى سنة ١٩٢٤ بنظام حقوق الملكية التجارية والصناعية، وقد اشتمل هذا القانون علاوة على تنظيم الملكية التجارية والصناعية، على تنظيم ما أسماه «بالملكية الكتابية والفنية» أى حقوق المؤلف. وقد عدل هذا القرار عدة مرات، كان أهمها التعديل بمقتضى القانون الصادر فى ٣١ كانوان الثانى سنة ١٩٤٦. كذلك صدر فى ٢٦ شباط سنة ١٩٤٦ قانون يحدد حقوق المؤلفين على آثارهم الموسيقية، وقد عدل هذا القانون بقانون صدر فى ٣١ كانون الأول سنة ١٩٥٧. كذلك انضم لبنان الى أهم الاتفاقات والمعاهدات الدولية المبرمة فى هذا الشأن.

(١) راجع المادة ١٣٨/جـ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

٢٠٦- أنواع المصنف:

يقصد بالمصنف كما رأينا أى خلق ذهنى مبتكر اتخذ مظهر الكتابة أو الرسم أو النحت أو الموسيقى أو الاختراع ..الخ.

وليس معنى الإبتكار هنا – وهو شرط حماية حق المؤلف كما سبق أن ذكرنا – الإتيان بأفكار جديدة لم يسبق معرفتها، وإنما يقصد بالإبتكار أن يأخذ الإنتاج الفكرى طابعاً متميزاً بالأصالة يبرز شخصية صاحبه سواء كان ذلك فى جوهر الموضوع أو فى طريقة عرضه أو التعبير عنه.

والمصنف قد يكون من عمل مؤلف واحد، وقد يكون مصنفاً مشتركاً، وقد يكون مصنفا جماعيا.

والمصنف المشترك هو الذى يشترك فى عمله أكثر من شخص. وإذا أمكن فصل عمل كل مؤلف عن عمل غيره من المشتركين معه، كان له أن يستغل الجزء أو الجانب الذى انفرد بوضعه بشرط عدم الإضرار بإستغلال المصنف المشترك. أما إذا تعذر إفراد عمل كل شخص منهم، إعتبر الجميع أصحاب حق عليه بالتساوى، ووجبت موافقتهم جميعا لمباشرة حق المؤلف على المصنف (م ١٣٨/هـ من القانون رقم ٨٢).

والمصنف الجماعى هو كما ورد فى المادة ١٣٨/د من القانون السابق الذكرهو «المصنف الذى تصنعه جماعه من المؤلفين بتوجيه شخص طبيعى أو إعتبارى يتكفل بنشرة بإسمه وتحت إدارته، ويندمج حمل المؤلفين فيه فى الهدف العام الذى قصد إليه هذا الشخص بحيث يستحيل فصل عمل كل مؤلف وتمييزة على حدة». ومثاله أن تعهد احدى دور النشر لجماعة من الكتاب بوضع كتاب فى موضوع معين تتولى نشره، فيكون لهذه الدار حق المؤلف على الكتاب.

٢٠٧- الطبيعة المزدوجة لحق المؤلف:

لن نتعرض هنا لطبيعة حق المؤلف وما تثيره من خلاف في الرأي، وإنما سنقتصر على دراسة مضمون هذا الحق بشقيه الأدبي والمالي، ذلك أن حق المؤلف ينطوي على حق أدبي من ناحية وعلى حق مالي من ناحية أخرى، ولذا قيل أنه حق من نوع خاص له طبيعة مزدوجة.

٢٠٨- الحق الأدبي:

لما كان المصنف خلقاً ذهنياً نابعاً من فكر صاحبه، ويتصل بذلك بشخصيته أوثق إتصال، فيكون له عليه حقاً أدبياً أو معنوياً بغرض حماية هذا الجانب من جوانب شخصيته. وعلى هذا الأساس يكون للمؤلف سلطة التقدير في نشر مؤلفه أو عدم نشره، سلطة التغيير أو التعديل فيه، سلطة سحبه من التداول اذا رأى أنه لم يعد يتفق واتجاهات العصر، أو أن في إستمرار تداوله ما يمس سمعته العلمية أو الأدبية أو الفنية، مع مراعاة تعويض الضرر الذى يصيب لغير كالناشر مثلاً.

هذا الحق الأدبي الذى للمؤلف حق مؤبد لا ينقضي بإنقضاء مدة معينة، بل يظل ثابتاً له طوال حياته وينتقل إلى ورثته عند وفاته، وإن كان دور الورثة يقتصر على مجرد المحافظة على سمعة مورثهم العلمية أو الفنية أو الأدبية، ورقابة استمرار نشر المصنف منسوباً إلى مورثهم بالطريقة التى تخيرها، أى أن الورثة يعتبرون مجرد حراس على تراث مورثهم الفكرى.

ولما كان هذا الحق الأدبي لا يقوم بمال، إمتنع التصرف فيه أو الحجز عليه لأنه ليس عنصراً من عناصر الذمة المالية للشخص.

٢٠٩- الحق المالي:

من الطبيعى، والمصنف من خلق صاحبه، أن يكون لهذا الأخير الاستفادة ماديا منه، وهذا ما يعبر عنه بالحق المالى للمؤلف. والاستفادة من المصنف ماديا يكون عن طريق إستغلاله. وقد يتنازل المؤلف عن إحتكار استغلال مصنفه إلى الغير بعوض أو بدون عوض، حال حياته أو بعد موته بطريق الوصية.

والحق المالى بإعتباره أحد عناصر الذمة المالية للمؤلف ينتقل بوفاته إلى ورثته. وهذا الحق المالى على خلاف الحق الأدبى ليس مؤبداً، بل هو حق مؤقت ينقضى بصفة عامة بمضى خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف، وفى هذه الحالة لا يصبح استغلال المصنف مالياً قاصراً على أحد، لأنه بفوات هذه المدة يعتبر المصنف جزءاً من التراث الفكرى للمجتمع البشرى.

الباب الثاني
أركان الحق

٢١٠- ركنا الحق :

رأينا أن الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص يحميها القانون. واذا حللنا هذا التعريف تبين لنا أن الحق ينطوى على ركنين أساسيين هما: صاحب الحق، ومحل الحق. وصاحب الحق هو الشخص، وعلى هذا سنتكلم أولاً فى أشخاص الحق، وثانياً فى محل الحق.

الفصل الأول
أشخاص الحق

٢١١- المقصود بالشخص:

يقصد بالشخص فى سائر علوم الاجتماع - عدا القانون - الانسان. ففى مفهوم القانون الشخصى هو كل كائن تثبت له صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات، وعلى هذا النحو ينصرف مدلول إصطلاح الشخص أو الشخصية إلى الإنسان، وهذا هو الشخص الطبيعى، أو إلى مجموعة من الافراد أو مجموعة من الأموال تتوافر لها الشخصية القانونية، وهذا هو الشخص المعنوى أو الإعتبارى كالدولة أو الشركة أو الجمعية.

هذا ويتعين التفرقة بين الشخصية وأهلية الوجوب التى سنتكلم عنها فيما بعد، لأنه إذا كان كلاهما يتعلق بصلاحية الشخص لإكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات، إلا أنهما يختلفان من حيث المدلول. فالشخصية تتعلق بمبدأ الصلاحية لإكتساب أو بتحمل الواجب بصفة عامة. أما أهلية الوجوب فتتعلق بمدى هذه الصلاحية، بمعنى أن حرمان الشخص من بعض الحقوق أو أعفاءه من بعض الواجبات، لا يمس الشخصية التى توجد بغض النظر عن مدى الحقوق والواجبات الثابتة للشخص، ولكن هذا الحرمان أو الإعفاء يمس أهلية الأداء فينتقص

منها. فحرمان الأجنبى فى مصر من تملك الأراضى الزراعية لا يمس شخصيته ولكنه يقيد أهلية الأداء بالنسبة له.

٢١٢- تقسيم:

رأينا أن الشخص فى نظر القانون أما أن يكوّن شخصاً طبيعياً، وإما أن يكون شخصاً معنوياً أو اعتبارياً. وعلى هذا الأساس سنتكلم أولاً فى الشخص الطبيعى، وثانياً فى الشخص المعنوى.

الفرع الأول

الشخص الطبيعي

٢١٣- الإنسان:

الإنسان هو الشخص الطبيعى، وتثبت له الشخصية بغض النظر عن مدى ما يتوافر له من حقوق أو ما يتحمله من واجبات.

وسنتناول فى دراسته الكلام فى: أولاً- مدة الشخصية. ثانياً- مميزات الشخصيات. ثالثا- الأهلية ونقصد بها أهلية الأداء.

المبحث الأول

مدة الشخصية

٢١٤- بدء الشخصية:

تبدأ شخصية الإنسان بالولادة. غير أنه يرد على هذه القاعدة قيدان: الأول- أن يولد الانسان حياً (Vivant) الثانى - أن الشخصية قد تتقرر للانسان قبل ولادته، أى تتقرر للجنين أى الحمل المستكن.

٢١٥- القيد الأول- الولادة حيا:

يشترط لثبوت الشخصية أن يولد الانسان حياً، فإن ولد ميتاً فلا تثبت له. ويشترط فى القانون المصرى إنفصال المولود حياً عن أمه إنفصالاً

تاما (م٢٩/١مدنى)، وهذا هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وابن حنبل.

وفى القانون اللبنانى يشترط كذلك إنفصال المولود إنفصالاً كاملاً عند غير المسلمين وعند طائفة الشيعة. أما عند طائفة السنة وطائفة الدروز، ويأخذان بالمذهب الحنفى، فيعتبر الإنسان قد ولد حى إذا خرج أكثره حياً ولو توفى بعد ذلك[1].

٢١٦- القيد الثاني - الجنين:

خروجاً على الأصل العام بثبوت الشخصية بولادة الإنسان حياً، فإنه يثبت للجنين أى للحمل المستكن بعض الحقوق قبل الولادة، أى تكون له أهلية وجوب ناقصة. ذلك أنه فضلاً عن النسب، يثبت للجنين الحق فى الإرث وفى الوصية وفى الهبة[2]، والى هذا أشار المشرع المصرى فى المادة ٢/٢٩ مدنى بقوله «ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون».

---

(١) فى القانون الفرنسى لا يكفى أن يولد الانسان حيا، بل يجب أيضا أن يولد قابلاً للحياة (Viabie) أى مستكملا للاعضاء الأساسية للحياة، ويعتبر أنه ولد حياً إذا تنفس بعد إنفصاله.

(٢) نص المشرع اللبنانى على حق الجنين فى الهبة فى المادة ٥١٨ من قانون الموجبات والعقود، فقرر أن «الهبات التى تمنح للأجنة فى الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم». ونظراً لأن القانون المصرى قد جاء خلواً من نص مماثل فقد ثار الخلاف بين الشراح فى أمكان الهبة للجنين (راجع حسن كيرة، أصول القانون، ص ٧٢٢، وتوفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٩٨).

على أن ما يثبت للجنين من حقوق يكون موقوفاً على شرط ولادته حيا، فان ولد ميتاً إعتبر الأمر كأن لم يكن، ورد إلى التركة مثلاً ما كان موقوفاً له من ارث.

٢١٧- نهاية الشخصية:

الأصل أن تنتهى شخصية الانسان بموته موتاً حقيقياً، إلا أنه خروجاً على هذا الأصل تنقضى الشخصية كذلك بالموت الحكمى، وهذه هى حاله المفقود.

٢١٨- المفقود:

المفقود شرعاً هو الغائب غيبة منقطعة، أى إنقطعت أخباره فلا تعرف حياته من مماته.

ويفرق فى القانون المصرى[١] بالنسبة للمفقود بين فرضين:

الفرض الأول – حالة المفقود الذى يوجد فى ظروف يغلب فيها الهلاك. كما لو تم الفقد أثناء حرب أو فى كارثة كفيضان أو زلزال. وفى هذا الفرض يحكم القاضى بموت المفقود بعد أربع سنوات من تاريخ فقده (أو يصدر قرار وزير الحربية باعتباره مفقودا اذا كان من العسكريين).

الفرض الثانى – حالة المفقود الذى لا يوجد فى ظروف يغلب فيها الهلاك. كمن سافر إلى بلد آخر طلبا للعلم أو السياحة وإنقطعت أخباره ولا تعرف حياته من مماته. وفى هذا الفرض يترك للقاضى تحديد المدة التى يحكم بعدها بموته، وطبيعى أن هذه المدة لن تقل عن أربع سنوات.

(١) راجع المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٢٩، المعدلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ والخاصة بأحكام الفقد.

وفى الفرضين معاً لا يجوز الحكم بموت المفقود إلا بعد أن يتحرى القاضى عنه بكافة الطرق الممكنة، حتى يستبين له ما إذا كان حياً أو ميتاً[1].

٢١٩- ما يترتب على الحكم بإعتبار المفقود ميتاً:

يترتب على الحكم بموت المفقود (أو صدور قرار وزير الحربية باعتباره مفقوداً إذا كان من العسكريين) أن تنتهى شخصيته. فيجوز لزوجته أن تعتد عدة الوفاة وأن تتزوج من غيره بعد إنتهاء فترة العدة. وتوزع تركته على ورثته الموجودين وقت الحكم بموته (أو وقت صدور قرار وزير الحربية).

وإذا كان المفقود يعتبر حياً بالنسبة للأحكام التى تضره حتى يقضى (أو يصدر قرار) بموته، الا أنه يعتبر ميتاً بالنسبة للأحكام التى تنفعه

---

(١) يختلف تحديد المدة التى يحكم بفواتها موت المفقود فى القانون اللبنانى بحسب الطوائف الدينية. فبالنسبة لطائفتى السنة والشيعة لا تختلف المدة التى يحكم بفواتها باعتبار المفقود ميتا باختلاف ظروف الفقد.

غير أن المذهب الحنفى الذى تأخذ به طائفة السنة يرى الحكم باعتبار المفقود ميتا بعد مضى مدة لا يعيشها اقرانه، والرأى على تقديرها بتسعين سنة من تاريخ ولادته. أما المذهب الجعفرى الذى تأخذ به طائفة الشيعة فيرى اعتبار المفقود ميتا بعد مائة سنة من ولادته.

أما بالنسبة للطوائف غير الاسلامية ولطائفة الدروز، فاذا كان الفقد فى ظروف يغلب فيها الهلاك حكم القاضى بموت المفقود بعد مضى عشر سنوات من تاريخ الفقد (م١٣٤ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية لسنة ١٩٤٨ وم١/٣٤ من قانون الارث لغير المحمدين لسنة ١٩٥٩). أما اذا كان الفقد فى ظروف لا يغلب فيها الهلاك، فيعتبر المفقود ميتا ببلوغه مائة سنة بالنسبة للطوائف الاسلامية (م٢/٣٤). وبالنسبة للدروز يترك الأمر للقاضى (م١٣٤ من قانون أحوالهم الشخصية).

وتضر غيره، فإذا كان قد آل إليه ميراث فى الفترة بين فقده والحكم (أو القرار) بموته، فإنه بعد صدور هذا الحكم (أو القرار) لا ينتقل هذا الميراث إلى ورثته هو، وإنما يعود نصيبه الذى كان موقوفاً إلى من كانوا يستحقونه وقت وفاة المورث.

٢٢٠- ظهور حياة المفقود:

إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم (أو القرار) بموته، فإن زوجته تعود اليه إذا لم تكن قد تزوجت بغيره. وإذا كانت قد تزوجت بغيره ولم يدخل بها. فيفسخ الزواج الثانى وتعود لزوجها الأول (وكذلك الحكم إذا كان الزوج الثانى قد تزوجها وهو يعلم بحياة المفقود، أو كان قد عقد عليها أثناء فترة عدتها من المفقود). أما إذا كان الزوج الثانى حسن النية، أى يجهل حياة المفقود، ولم يكن قد عقد عليها خلال العدة، وكان قد دخل بها، فانها تكون له.

وبالنسبة لأمواله فإنه يأخذ ما بقى فى يد ورثته مما كان له، ولا يسأل أحدهم عما تصرف فيه، وكذلك الحكم بالنسبة إلى ما بقى فى أيدى ورثة مورثه من نصيبه الذى رد اليهم.

المبحث الثاني
مميزات الشخصية

٢٢١- تقسيم:

يحدد الفقهاء مميزات الشخصية بأمور ثلاث هى: الحالة التى تحدد مركزه بالنسبة إلى الدولة، وإلى الأسرة، وفى بعض الأحيان بالنسبة إلى الدين. والإسم وهو وسيلة التعرف عليه. وأخيراً الموطن الذى يساعد فى العثور على مكانه حيث يقيم.

وسنضيف إلى دراسة هذه العلامات الثلاث المميزة للشخصية دراسة الذمة المالية باعتبار أن كل شخص له ذمة مالية.

المطلب الأول

الحـــالـــة

٢٢٢- التعريف بالحالة:

الحالة (état) هى مجموع من الصفات يترتب على توافرها آثار قانونية معينة، تؤثر فى تحديد ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات. وقوام الحالة هى إنتساب الشخص إلى دولة معينة، والى أسرة معينة، وإلى دين معين.

٢٢٣- إنتساب الشخص إلي دولة معينة:

ينتسب كل شخص إلى دولة معينة، والرابطة التى تجمع بينهما تسمى بالجنسية (La nationalité) فالجنسية صفة فى الشخص تفيد إنتسابه إلى دولة معينة، ولو أن من الأشخاص من لا ينتسب إلى أية دولة ويسمى بعديم الجنسية (Apatride).

والدول تجرى فى تحديد الجنسية على احدى قاعدتين أو عليهما معا، وهما: قاعدة الدم فيأخذ الشخص جنسية أبيه وأحيانا جنسية أمه[١]. وقاعدة محل الميلاد باعطاء الشخص جنسية الدولة التى يولد على اقليمها بصرف النظر عن جنسية أبويه. ويأخذ القانونان المصرى واللبنانى بقاعدة الدم أى برباط الدم كما يسمى أيضا.

والجنسية التى تكلمنا عنها هى الجنسية الأصلية التى تثبت للشخص عند الميلاد على أساس رباط الدم (Jus sanguinis) أو رباط الاقليم (Jus soli). غير أنه يوجد بجانب الجنسية الأصلية ما يسمى

---

(١) وقد أجريت مؤخراً تعديلات لقانون الجنسيه المصرى حيث أصبح من يولد لأم مصرية يكتسب الجنسيه المصرية ولو كان الأب أجنبياً.

بالجنسية الطارئة وهى التى تكتسب بعد الميلاد ولسبب آخر غيره، وهى تكتسب عادة بطريق الزواج أو بطريق التجنس.

والعلة فى تحديد جنسية الشخص أن نطاق الحقوق التى يتمتع بها والواجبات التى يتحملها يختلف بحسب ما اذا كان من الوطنيين أم من الأجانب. فالأجنبى لا يتمتع بالحقوق السياسية كحق الترشيح أو الإنتخاب فى المجالس النيابية أو حق تولى الوظائف العامة، كما أنه لا يتمتع ببعض الحقوق المدنية، فكثير من تشريعات الدول تحرم على الأجنبى تملك العقارات خاصة الأراضى الزراعية، أو تحظر عليه مزاولة مهنة معينة كالطب أو المحاماة. كذلك لا يتحمل الأجنبى كل الواجبات التى يلتزم بها الوطنى، فلا يكلف مثلا بأداء الخدمة العسكرية.

على أنه مهما تقلصت حقوق الأجنبى فهناك حد أدنى تفرضه قواعد القانون الدولى العام، فلا يحرم من الحريات العامة أو الحقوق اللصيقة بشخصه كانسان.

٢٢٤- إنتساب الشخص إلي أسرة معينة:

ينتسب الشخص إلى أسرة، أى يربطه بالأسرة رباط معين. وقد يتبادر إلى الذهن أن اللقيط - وهو من لا ينتسب إلى أسرة - ليست له حالة، إلا أن وصفه بأنه لقيط معناه أنه لا ينتسب إلى أسرة، وهذا يكون الحالة تكويناً قانونياً.

والأسرة هى مجموعة من الأشخاص يرتبطون معاً برباط القرابة، وهو ما عبر عنه المشرع المصرى فى المادة ١/٣٤ مدنى بقوله «تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه». والقرابة تقوم إما على أساس النسب وإما على أساس المصاهرة.

ورباط النسب هو رباط الدم، والقرابة التى تقوم على أساس النسب هى اما قرابة مباشرة أو قرابة حواشى.

والقرابة المباشرة هى التى تقوم بين الأصول والفروع، أى تقوم على أساس تسلسل عمودى. كالقرابة بين الابن والأب والجد (١/٣٥ مدنى).

أما قرابة الحواشى فهى التى تقوم بين الأشخاص الذين يشتركون فى أصل مشترك دون تسلسل عمودى بينهم. كالقرابة بين الأخ وأخيه، أو بين الشخص وعمه أو عمته (م٢/٣٥ مدنى).

ويراعى فى حساب درجات القرابة بنوعيها أن كل طبقة درجة مع استبعاد حساب الأصل أو الأصل المشترك، وهو ما نصت عليه المادة ٣٦ مدنى بقولها «يراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة».

وعلى هذا الأساس يعتبر الإبن فى الدرجة الأولى بالنسبة إلى الأب وفى الدرجة الثانية بالنسبة إلى الجد الأول فى حساب القرابة المباشرة. وفى حساب قرابة الحواشى يعتبر إبن العم فى الدرجة الرابعة بالنسبة إلى إبن عمه، وذلك بالصعود من الشخص حتى الأصل المشترك ثم بالنزول من الأصل المشترك حتى القريب الآخر، دون إحتساب الأصل المشترك.

أما رباط المصاهرة فقوامه الزواج، فبالزواج تنشأ القرابة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، وليس بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، وهو ما عنته المادة ٣٧ مدنى بالنص على أن «أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر». وعلى هذا الأساس يعتبر أخ الزوجة وهو قريب لها بالنسب فى

الدرجة الثانية، قريبا لزوجها فى الدرجة الثانية كذلك، ولكنها قرابة مصاهرة، وابن عمها وهو قريبها بالنسب فى الدرجة الرابعة، قريبا لزوجها بالمصاهرة فى الدرجة الرابعة كذلك ... وهكذا.

وتبدو أهمية القرابة فى تحديد الحقوق والواجبات العائلية، أى فى تحديد ما يسمى بحقوق الأسرة، خاصة ما تعلق منها بالارث والنفقة. بل ان للقرابة أثرها على النشاط القانونى للشخص، فمثلاً يعتبر القاضى غير صالح لنظر الدعوى إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته مصلحة فى الدعوى(١).

٢٢٥- إنتساب الشخص إلي دين معين:

الأصل هو تساوى جميع الأشخاص فى الحقوق والواجبات بصرف النظر عن الدين الذى ينتمون إليه، غير أنه لما كانت مسائل الأحوال الشخصية فى مصر ولبنان قد تركت لحكم الشرائع الدينية وخاصة الشريعة الإسلامية فى مصر، اختلفت الحقوق والواجبات التى تثبت للشخص بإختلاف الدين الذى ينتسب اليه.

من ذلك إباحة تعدد الزوجات بالنسبة للمسلم حتى أربع، وقصر هذا الحق على واحدة بالنسبة لغيرالمسلم. وإباحة الطلاق بالنسبة للمسلم وحرمان بعض غير المسلمين منه. وإباحة زواج المسلم بكتابية من غير المسلمين، وتحريم زواج المسلمة بغير مسلم.

ومن ذلك أيضا إعتبار إختلاف الدين مانعاً من موانع الإرث فى الشريعة الاسلامية (٢)... وهكذا.

---

(١) م١١٩، ١٢٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى، وم١٤٧-١٤٩ مرافعات مصرى.

(٢) تنص المادة ٩ من قانون الارث لغير المحمدين فى لبنان على أن «أختلاف الدين لا يمنع من الارث الا اذا كان الوارث تابعا لاحكام تمنع من الارث بسبب اختلاف الدين».

المطلب الثاني

الإسـم

٢٢٦- المقصود بالإسم وتكوينه:

الإسم هو العلامة التى يتميز بها الشخص عن غيره، وهو يتكون من الإسم الشخصى (Prénom) واللقب (nom) وهو اسم الأسرة. واللقب يلحق الشخص عن طريق النسب، فيكون للولد لقب أبيه، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٨ مدنى بقولها «يكون لكل شخص إسم ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده». غير أن الغالب فى مصر ولبنان هو إستعمال الإسم الشخصى مضافا اليه اسم الأب أو الجد، وان كان إستعمال اللقب قد بدأ ينتشر الآن، وقد ترك المشرع فى القانون المدنى المصرى تنظيم اللقب لتشريع خاص (م٣٩)، غير أن هذا التشريع لم يصدر حتى اليوم[١].

وإذا كان الأصل أن الشخص يكتسب اللقب عن طريق النسب، إلا أن العرف فى بعض البلاد الغربية كفرنسا، قد جرى على اكتساب الزوجة لقب زوجها بالزواج[٢].

٢٢٧- طبيعة حق الإنسان علي إسمه:

كان من رأى فريق من الشراح أن حق الإنسان على إسمه هو حق

---

(١) تقضى المادة ١٨ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالأحوال المدنية على أنه يجب أن يشتمل التبليغ عن المواليد ذكر اسم الطفل ولقبه. وقد تعدلت بعض أحكام هذا القانون بموجب قانون الطفل رقم ٢ السنة ١٩٩٦.

(٢) يرى بعض الشراح اللبنانيين ان هذا العرف موجود فى لبنان (البير فرحات، القانون المدنى، مقدمة عامة، ص ٢٩٥). والغالب وجود مثل هذه العادة فى مجال المجاملات، ولكنها لا ترقى الى مرتبة الصرف فى مجال العلاقات القانونية (حسن كيرة، المرجع السابق، بند ٢٤٠).

ملكية، وهذا هو مذهب القضاء الفرنسي، ولكن يؤخذ على هذا الرأى أن حق الملكية حق مالى يجوز التصرف فيه، فى حين أن الحق فى الإسم حق غير مالى ويخرج بذلك من نطاق التعامل.

ويرى البعض الآخر من الفقهاء أن الإسم عبارة عن نظام إدارى تفرضه الدولة على الأشخاص حتى يمكن التمييز بينهم (Institution de police) غير أنه يعيب هذا الرأى أنه يقتصر على تصوير الواقع ولا يكيفه من الناحية القانونية.

والرأى الراجح الآن أن حق الانسان على إسمه هو حق من الحقوق العامة اللصيقة بالشخصية ولذا فلا يجوز التصرف فيه، أو سقوطه أو إكتسابه بالتقادم.

٢٢٨-ثبات الاسم:

ما دام أن الإسم هو العلامة التى يتميز بها الشخص عن غيره، فمن مصلحة الجماعة أن يمتنع عليه التغيير أو التبديل فيه بمحض إرادته، وإلا شاعت الفوضى وإختلط الأمر.

غير أن مبدأ ثبات الإسم لا يمنع من تغييره إذا دعت إلى ذلك ضرورة كما لو إشتهر الشخص باسم آخر، أو كان فى الاسم ما يدعو إلى السخرية به... الخ، كل هذا بشرط مراعاة الاجراءات التى يتطلبها القانون ضماناً لجدية التغيير، وحماية للغير الذى قد يقصد بالتغيير الإضرار به، بإنتحال شخصيته أو التحايل بإسمه. ولهذا فان القانون المصرى يتطلب لإمكان تغيير الإسم صدور حكم قضائى بذلك، أما تصحيح الخطأ المادى فمن إختصاص مصلحة الأحوال المدنية (م٣٦ من قانون الأحوال المدنية)[١].

(١) لم يتعرض المشرع اللبنانى الا لحالة تصحيح الاسم، فجعله من اختاص القضاء (م٢١ من المرسوم رقم ٨٨٣٧ بتاريخ ١٥ كانون الثانى سنة ١٩٣٢)، وقياسا على ذلك يصح القول بأن تغيير الاسم يكون من اختصاص القضاء أيضا.

٢٢٩- حماية الإسم:

لما كان الإسم حقاً من حقوق الشخصية، وجب حمايته من أى إعتداء عليه. والإعتداء على الإسم من قبل الغير يكون بالمنازعة فيه أو إنتحاله لنفسه أو إستعماله على أى وجه كان، وهو ما نصت عليه المادة ٥١ مدنى بقولها «لكل من نازعه الغير فى إستعمال اسمه بلا مبرر، ومن إنتحل الغير اسمه دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».

أى أن حماية الإسم تكون برد الإعتداء عليه من ناحية، وتعويض صاحبه عما أصابه من ضرر مادى أو أدبى بسبب هذا الإعتداء من ناحية أخرى.

والحماية القانونية للإسم لا تقتصر على الإسم الحقيقى للشخص، بل تمتد كذلك إلى إسم الشهرة (surnom)أو إلى الإسم المستعار (pseudonyme)، الذى يتخذه الشخص عند مزاولة بعض أوجه النشاط الفنى أو الأدبى، لأنهما من العلامات المميزة للشخص كالاسم الحقيقى.

٢٣٠- الإسم التجاري:

الإسم التجارى (nom commercial) هو الإسم الذى يتخذه التاجر، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، ليميز به محله التجارى. ويعتبر الإسم التجارى عنصراً من عناصر المحل التجارى ويعتد به فى تقويمه.

والحق على الإسم التجارى – بعكس الحق على الإسم الشخصى – حق مالى، ولذا يجوز التصرف فيه، وهو ما يحدث عند بيع المحل التجارى.

هذا وقد يقع أن يكون إسم المحل التجارى هو الإسم الخاص لصاحبه، وفى هذه الحالة يكون المقصود بالتصرف فيه هو السماح فقط بإستعماله كعنوان للمحل التجارى مع إضافة كلمة خلف أو خلفاء منعاً للإشتباه.

ويحمى القانون الإسم التجارى حمايته للأسم الخاص، فيمنع أى إعتداء عليه، سواء كان بالمنازعة فيه أو بإنتحاله.

المطلب الثالث

الموطن

٢٣١- التعريف بالموطن وتحديده:

يقصد بالموطن (Le domicile) المكان الذى يعتد به فى مخاطبة الشخص فى شؤونه القانونية، فإليه توجه الأوراق المطلوب إعلانه بها كالإعلان أو الإنذار أو صحيفة الدعوى، وإليه يرجع فى تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، أو فى تحديد مكان الوفاء بإلتزام وبعبارة موجزة يعتبر الموطن المقر القانونى للشخص.

ويفترق الموطن عن محل الوجود (La résidence) الذى قد يوجد فيه الشخص بصفة مؤقتة عارضة، كالإقامة فى فندق بضعة أيام أثناء السفر، فى أن الأخير لا يعتبر مقراً قانونياً له.

ويؤخذ فى تحديد الموطن بأحد تصويرين هما: التصوير الحكمى والتصوير الواقعى.

والتصوير الحكمى قوامه المركز الرئيسى للشخص، الذى يقوم فيه

بإستيفاء ما له وإيفاء ما عليه، ولا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بشؤون نفسه، حتى ولو لم يكن موجوداً فيه فى غالبية الأحيان، وهذا هو التصوير الذى أخذ به القانون الفرنسى. ويترتب عليه أن لكل شخص موطن، وأن ليس للشخص أكثر من موطن واحد.

أما التصوير الواقعى فقوامه الإقامة الفعلية للشخص، وهذا هو التصوير الذى أخذ به المشرع المصرى بما قررة من أن «الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة» (م ٤٠/ ١ مدنى)، أى المكان الذى يتحقق فيه معنى الإستقرار وللإقامة المستمرة ولو تخللتها غيبة. ويترتب على الأخذ بهذا التصوير الواقعى أن الشخص قد لا يكون له موطن ما كما فى حالة البدو الرحل، أو أن يكون للشخص أكثر من موطن كمن له زوجتان أفرد لكل منهما مكانا مستقلا (م٤٠/ ٢مدنى).

٢٣٢- أنواع الموطن:

الموطن على نوعين: موطن عام (domicile général) وقوامه فكرة الاقامة المعتادة على النحو السابق الذكر. وموطن خاص (domicile spécial) وهو يوجد بجانب الموطن العام، ويكون مقراً قانونياً للشخص بالنسبة لنشاط أو معاملات معينة على وجه التحديد، وذلك بقصد التيسير على الشخص وعلى المتعاملين معه بخصوص هذه المعاملات.

وللموطن الخاص أكثر من صورة، فهناك موطن الأعمال، وموطن ناقص الأهلية، والموطن المختار.

٢٣٣- موطن الأعمال:

تنص المادة ٤١ مدنى على أنه «يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة».

فهذا الموطن يعتبر موطناً خاصاً بالنسبة إلى أعمال التجارة أو الصناعة أو الحرفة التى يزاولها الشخص، أما ما عدا ذلك من أوجه نشاطه فالعبرة بالنسبة إليها بالموطن العام.

هذا ويلاحظ أنه لا يقتصر مدلول لفظ الحرفة على معناها الضيق كالتجارة مثلا، بل ينصرف إلى باقى المهن الحرة كالطب والمحاماة مثلاً.

٢٣٤- موطن ناقص الأهلية بالنسبة لما يعتبر اهلا لمباشرته من تصرفات:

إذا كان موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عنه قانونا (م٤٢/١مدنى)، وهذا هو ما يعرف بالموطن القانونى أو الإلزامى. إلا أنه بجانب هذا الموطن القانونى - وهو بعد الموطن العام بالنسبة إلى القاصر - يوجد موطن خاص بالنسبة لهذا الأخير إذا بلغ ثمانى عشرة سنة،وذلك بالنسبة إلى التصرفات التى يعتبره القانون أهلا كمباشرتها.

وهذا الموطن الخاص يقوم القاصر بتحديده تحديداً إرادياً، فقد يكون محل إقامته المعتادة وهذا هو الأصل، وقد يكون المكان الذى يختاره لتنفيذ تصرف قانونى معين. وعلى هذا نصت المادة ٤٢ مدنى فى فقرتها الثانية فقررت «ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها».

٢٣٥- الموطن المختار:

الموطن المختار هو المكان الذى يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين (م٤٣/١مدنى). ولا يجوز إثبات وجود هذا الموطن إلا بالكتابة (م٤٣/٢مدنى) سواء تم إختيار هذا الموطن بمقتضى عقد أو بالإرادة المنفردة للشخص.

والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل، بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى (م٤٣/٣مدنى).

ومثال الموطن المختار أن يختار شخص مكتب أحد المحامين موطناً له لكى يعلن فيه كل ما يتعلق بأمور تنفيذ عقد أبرمه مع شخص آخر(١).

المطلب الرابع
الذمة المالية

٢٣٦- التعريف بالذمة المالية واهميتها:

الذمة المالية (Le Patrimoine) هى مجموعة قانونية تتضمن ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات مالية. وهى على هذا النحو فتكون من جانبين: جانب إيجابى ويشمل حقوق الشخص المالية، وجانب سلبى ويشمل إلتزامات الشخص المالية. فإذا زاد الجانب الإيجابى على الجانب السلبى كانت الذمة دائنة، وإذا كان العكس أى زاد الجانب السلبى

---

(١) اذا كان الاصل أن اتخاذ موطن مختار أمر جوازى للانسان، إلا ان القانون فى بعض الحالات قد يلزمه بإتخاذ هذا الموطن، من ذلك ما تقضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى المصرى من أنه يجب على الدائن الذى يكون صاحب حق عينى عقارى تبعى يشهر بطريق القيد أن يعين موطنا مختارا فى دائرة المحكمة التى يقع فى إختصاصها العقار محل الحق.

وما تنص عليه المادة ٢/٧٤ من قانون المرافعات المصرى من أن «على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة ان يتخذ له موطنا فيه».

وما يقضى به قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى من أنه يجب على كل من المدعى والمدعى عليه أن يختار مقاماً فى منطقة المحكمة إذا لم يكن مقيماً فيها (م٣٨٦ و٣٨٧و٣٨٩).

على الجانب الإيجابى كانت الذمة مدينة، ويعتبر صاحبها فى حالة إعسار إذا كان غير تاجر وفى حالة إفلاس إذا كان تاجراً.

والذمة على النحو السابق تحديده لا تتضمن إلا الحقوق والإلتزامات المالية، فيستبعد منها الحقوق غير المالية كالحقوق العامة مثلا، والواجبات غير المالية كالواجب المفروض على الكافة بإحترام الغير.

وأهمية الذمة المالية تتضح فى أن لكل شخص ذمة مالية حتى ولو لم يكن له أى حق أو عليه أى إلتزام كالطفل وقت ولادته.

وأن الذمة تكون ما يسمى بالضمان العام الذى للدائنين بمعنى أن مجموع حقوق المدين المالية يضمن مجموع إلتزاماته المالية، ولهذا السبب وجدت فكرة الذمة المالية، اذ لو وقع الإلتزام على مال معين من أموال المدين، لصعب على المدين التصرف فيه، لأن الناس ترغب عن مال محمل بالتزام لمصلحة الغير، أما مع وجود فكرة الذمة المالية، فإن الالتزام يقع على مجموع أموال المدين ولا يستقر على أحدها، وبذا يستطيع المدين أن يتصرف فيه خالياً من كل تكليف أو إلتزام لمصلحة الغير. والخلاصة أن إلتزامات المدين تضمنها ذمته المالية أى الجانب الإيجابى منها أى جميع أمواله الحاضرة وقت نشوء هذه الإلتزامات، وجميع أمواله المستقبلية أى التى يكتسبها بعد ذلك، ولا يضمنها مال معين بالذات من أمواله. وبناء على هذا الضمان العام يستطيع أى دائن التنفيذ على أى مال من أموال المدين، وفى حالة تعدد الدائنيين وتزاحمهم يوزع ثمن بيع أموال المدين بينهم وفق قاعدة قسمة الغرما، أى لا يفضل أحدهم على الآخر فى إستيفاء دينه.

المبحث الثالث

الأهلية

٢٣٧- موضوعات البحث:

ستتناول بمناسبة دراسة الأهلية البحث بإيجاز فى مبادئ الأهلية، ثم فى العوامل التى تتأثر بها أهلية الأداء وهى: السن، وعوارض الأهلية، وموانع الأهلية(١).

المطلب الأول

مبادئ الأهلية

٢٣٨- أهلية الوجوب وأهلية الأداء:

ينصرف إصطلاح الأهلية تارة إلى ما يسمى بأهلية الوجوب (Capacité de jouissance) وتارة إلى ما يسمى بأهلية الأداء (Capacité d'exercice) وان كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو إنعدامها أو نقصها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب، لأنه إذا إنعدمت أهلية الوجوب فلا يتصور البحث فى أهلية الأداء.

وأهلية الوجوب هى صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التى يقررها القانون، وهى على هذا النحو تتصل بالشخصية، ولذا تثبت للانسان من وقت ولادته إلى حين وفاته، وفى بعض الحالات تثبت له قبل الولادة أى عندما يكون جنينا، فيكون له الحق فى الميراث من مورثه وفى الوصية ممن يوصى له.

---

(١) راجع فى شأن الأهلية، مؤلفنا فى النظرية العامة للالتزام، جـ١ بند ٥٩ وما بعده.

والأصل فى هذه الأهلية أن تكون كاملة، إلا أنها فى بعض الحالات قد تكون منعدمة وفى حالات أخرى قد تكون ناقصة، فهى منعدمة بالنسبة لمن يحكم عليه بالموت المدنى فى الشرائع التى كانت تبيح ذلك، وفى الرهبة بالنسبة لبعض الطوائف المسيحية، وهى ناقصة بالنسبة لبعض الأشخاص كالأجانب الذين يحرمهم المشرع من التمتع ببعض الحقوق كالحق فى تملك الأراضى الزراعية (قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥١ فى مصر).

أما أهلية الأداء فهى صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانونى الذى ينشده، وهذه الأهلية قد تكون كاملة أو ناقصة أو معدومة. فإذا كانت كاملة صح التصرف الذى يجريه الشخص، وإذا كانت ناقصة كان التصرف قابلاً للإبطال، واذا كانت معدومة كان التصرف مطلق البطلان.

٢٣٩- اتصال أحكام الأهلية بالنظام العام:

أحكام الأهلية وإن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة هى مصالح الأفراد، إلا أنها تمس الافراد فى مجموعهم ولذا تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام، وعلى هذا لا يجوز التعديل فيها أو الإتفاق على ما يخالفها، فلا يجوز للشخص مثلاً أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء أو أن يتفق على توسيعها أو التقييد منها، وقد نصت على ذلك المادة ٤٨ مدنى بقولها «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها». وبناء على هذا النص يقع باطلا كل اتفاق على تعديل أهلية الشخص، أما ادعاء الشخص أهلية ليست له فلا أثر له الا فى حالة الغش، اذ يكون للمتعاقد الآخر الرجوع عليه بالتعويض، كإدعاء الشخص كمال الأهلية وتقديمه شهادة ميلاد مزورة تدل على بلوغه سن الرشد (م١١٩ مدنى).

٢٤٠- عبء إثبات عدم الأهلية أو نقصها:

تنص المادة ١٠٩ مدنى على أن «كل شخص أهل للتعاقد ما تم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون». والذى يستخلص من هذا النص أن عبء اثبات نقص أو إنعدام الأهية على من يدعيه، فإذا إدعى أحد المتعاقدين نقص أهليته بغية التوصل إلى إبطال العقد كان عليه إثبات هذا الإدعاء.

هذا ولما كانت القاعدة أهلية كل شخص للتعاقد ما لم يثبت العكس، وأن المتعاقد غير ملزم بإعلان نقص أهليته، وجب على كل متعاقد أن يتأكد من كمال أهلية من يتعاقد معه، وإلا تحمل تبعة تقصير إذا أبطل العقد لنقص الأهلية.

المطلب الثاني

العوامل التي تتأثر بها الأهلية

٢٢٤١- بيان هذه العوامل:

تتأثر أهلية الأداء بالسن، كما تتأثر بعوامل أخرى هى عوارض الأهلية، وموانع الأهلية، وسنبحث فى كل من ذلك على حدة.

١- السن

٢٤٢- تدرج الأهلية وفقا للسن:

مناط أهلية الأداء هو التمييز، والتمييز يتأثر بالسن. وقد حدد المشرع المصرى سن التمييز بسبع سنوات، فقرر فى المادة ٢/٤٥ مدنى أن «كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز». أما فى القانون اللبنانى

فلا يوجد نص مماثل، ولذا يكون للقاضى فى هذا القانون تقدير وجود التمييز من عدمه فى كل حالة على حدة دون التقيد بسن معين.

وفاقد التمييز ليست له أهلية أداء، ولذا لا يستطيع مباشرة أى تصرف من التصرفات القانونية ولو كان نافعاً له نفعاً محضاً كقبول الهبة (م/١٤٥و ١١٠ مدنى، وم٢١٦/١ موجبات وعقود لبنانى).

فإذا بلغ الشخص سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد كانت له أهلية أداء ناقصة تخوله مباشرة بعض التصرفات، وعلى هذا نصت المادة ٤٦ مدنى بقولها «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون».

والتصرفات التى لناقص الأهلية مباشرتها تناولها المشرع المصرى فى المادة ١١١ التى تنص على أنه «١- إذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة متى كانت ضارة ضررا ممحضا. ٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو اذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون».

وظاهر من هذا النص أن تصرفات ناقص الأهلية النافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة تقع صحيحة، أما التصرفات الضارة به ضرراً محضاً كالتبرع الصادر منه فتقع باطلة، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والاجارة فتكون قابلة للإبطال.

وتتفق أحكام القانون اللبنانى فى شأن تصرفات الصبى المميز مع

أحكام القانون المصرى، غير أنه بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وهى قابلة للإبطال دائما فى القانون المصرى، فان القانون اللبنانى يفرق فى شأنها بين فرضين: الأول أن يكون التصرف خاضعاً فى إبرامه لمعاملة خاصة، بمعنى أنه اذا كان التصرف لا يستطيع الولى أو الوصى إبرامه إلا بإذن من المحكمة لبيع العقار، فإن مثل هذا التصرف اذا أجراه القاصر بنفسه يجوز ابطاله ولو لم ينطو على غبن. الثانى: أن يكون التصرف غير خاضع فى إبرامه لمعاملة خاصة، بمعنى أنه إذا كان التصرف يستطيع الولى أو الوصى إبرامه دون الرجوع إلى المحكمة، فإن هذا التصرف اذا أبرمه القاصر بنفسه لا يجوز إبطاله إلا إذا كان منطوياً على غبن، ويكفى فى هذا الشأن الغبن اليسير (م٢١٦/٢و٣موجبات).

٢٤٣- الإستثناءات من القاعدة العامة في شأن أهلية الصبي المميز:

رأينا أن القاعدة العامة فى شأن أهلية الصبى المميز تقوم على أساس التفرقة بين أنواع ثلاثة من التصرفات: التصرفات النافعة نفعاً محضاً وهى صحيحة، والتصرفات الضارة ضرراً محضاً وهى باطلة بطلاناً مطلقاً، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرور وهى قابلة للإبطال أى باطلة بطلاناً نسبياً.

غير أنه إستثناء من هذه القاعدة منح المشرع الصبى المميز أهلية أداء كاملة فى حالات معينة بالنسبة لتصرفات كانت ممنوعة عليه، من ذلك.

أولا- أن القانون أجاز للقاصر أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه من مال لأغراض نفقته، وقرر صحة التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط (م٦١ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال فى مصر).

ثانيا- أجاز القانون للقاصر إبرام عقد العمل الفردى، وإن أعطى للمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحته أو مستقبله أو لمصلحة ظاهرة (م٦٢من قانون الولاية على المال) . ومنحه إذا بلغ السادسة عشرة من عمره أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره بشرط ألا يتعدى أثر إلتزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته (م٦٣ من قانون الولاية على المال) .

ثالثا- إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال، كان ذلك إذناً فى التصرف فى المهر والنفقة، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق (م٦٠ من قانون الولاية على المال) .

رابعا- أجازت المادة الخامسة من قانون الوصية فى مصر، لمن بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة ميلاديه أن يوصى، وتكون وصيته جائزة، متى أذنت المحكمة بذلك. وعلة هذا الاستثناء أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فلن تلحق ضررا بمال الصبى حال حياته، وان فى اشتراط اذن المحكمة رقابة كافية على سلامة التصرف.

خامسا- حالة القاصر المأذون: اذا بلغ القاصر ثمانية عشرة سنة فى القانون المصرى فيجوز أن يؤذن فى تسلم أمواله لادارتها (م١١٢ مدنى)، ويجوز أن يؤذن له فى الاتجار (م٥٧ من قانون الولاية على المال) . ويصدر الاذن فى الادارة من الولى باشهاد لدى الموثق (م٥٤ من قانون الولاية على المال)، أو من المحكمة بعد سماع أقوال الوصى (م٥٥ من قانون الولاية على المال) . ويصدر الإذن فى الإتجار من المحكمة (م٥٧ من قانون الولاية على المال) .

أما فى القانون اللبنانى فالإذن للقاصر المميز غير مقيد ببلوغه سنا

معينة، كما أنه غير مقيد بنوع معين من التصرفات، فيجوز الإذن فى ممارسة التجارة أو الصناعة (م٢١٧ موجبات)، كما يجوز مد الإذن إلى غيرهما (م٩٦٩ وما بعدها من المجلة). ويكون الإذن فى القانون اللبنانى من الأب أو وصيه المختار، وإلا فمن الجد الصحيح أو وصيه المختار، وإلا من القاضى إذا امتنع أى من هؤلاء (م٩٧٤و٩٧٥ مجلة).

ويجوز فى القانونين المصرى واللبنانى الرجوع فى الإذن أو سحبه من قبل من إصداره، إذا تبين سوء تصرف القاصر فيما بعد (م٥٤ من قانون الولاية على المال و م٩٧٣و٩٧٧ مجلة).

٢٤٤- سن الرشد:

سن الرشد فى القانون المصرى هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (م٢/٤٤ مدنى)، وفى القانون اللبنانى ثمانى عشرة سنة.

وإذا بلغ الشخص سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة كافة التصرفات القانونية (م١/٤٤) سواء كانت نافعة نفعاً محضاً أم ضارة ضرراً محضاً أم دائرة بين النفع والضرر.

وترتفع الولاية أو الوصاية عن الشخص بمجرد بلوغه سن الرشد ما لم تحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرارها (م١٨و٤٧ من قانون الولاية على المال).

٢- عوارض الأهلية

٢٤٥- بيان العوارض:

قد يعترى الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الأهلية،

فيؤدى ذلك إلى فقد أهليته أو نقصها على حسب الأحوال. وعوارض الأهلية هى الجنون والعته والسفه والغفلة. ويشترك الجنون مع العته فى أنهما يعدمان الأهلية، ويشترك السفه مع الغفلة، فى أنها يؤديان إلى الإنتقاص منها فقط، وذلك فى القانون المصرى.

٢٤٦- الجنون:

الجنون مرض يعترى الشخص يؤدى إلى زوال العقل، وقد يستوعب الجنون كل أوقات المريض به، وهذا هو الجنون المطبق، وقد يجن المريض فترة من الزمن، ويفيق أخرى، وهذا هو الجنون المتقطع. والأصل بطلان تصرفات المجنون لانعدام التمييز دون حاجة إلى صدور قرار بالحجر عليه. إلا إذا وقعت هذه التصرفات فى فترة إضافة فتعتبر صحيحة بشرط أن يكون بالغاً سن الرشد، وهذا هو الحكم فى القانون اللبنانى (م٩٤٤و٩٥٧و٩٧٩و٩٨٠ من المجلة).

أما فى القانون المصرى فقد نصت المادة ١١٤ من التقنين المدنى على أنه «١- يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر. ٢- أما اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها».

فوفقا لهذا النص يفرق بين التصرفات التى يأتيها المجنون بعد تسجيل قرار الحجر، والتصرفات التى يأتيها قبل تسجيله.

فالتصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر تقع باطلة، أما التصرفات السابقة على تسجيل قرار الحجر فلا تبطل إلا إذا كانت حالة الجنون شائعة وقت صدور التصرف أو كان الطرف الآخر على علم بها، وعبء إثبات شيوع حالة الجنون وقت التعاقد أو علم المتعاقد الآخر بها على من يدعى

بطلان العقد لإنعدام الإرادة بسبب الجنون، ويمكن فى هذه الحالة الإستعانة بالقرائن كما لو كان التصرف قد صدر من المجنون لزوجه، إذ يفترض علم الزوجة بمرض زوجها. أما اذا لم يكن الجنون شائعاً وقت التعاقد أو لم يثبت علم الطرف الآخر به، فلا يبطل تصرف المجنون الصادر قبل تسجيل قرار الحجر، والقصد من ذلك هو رغبة المشرع فى ضمان إستقرار المعاملات.

٢٤٧- العته:

المعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم. وقد ألحقه المشرع المصرى فى الحكم بالمجنون (م١١٤مدنى)، فجعل تصرفاته اللاحقة تسجيل قرار الحجر باطلة، أما تصرفاته السابقة على تسجيل قرار الحجر الصحيحة الا اذا ثبت أن حالة العته كانت شائعة وقت التعاقد أو أن المتعاقد الآخر كان على علم بها.

أما فى القانون اللبنانى فلا يعتبر العته معدما للتمييز، ولذا يأخذ المعتوه حكم الصبى المميز (م٩٧٨ مجلة)، دون حاجة إلى صدور قرار بالحجر عليه (م٩٥٧ مجلة).

٢٤٨- السفه والغفلة:

السفيه هو المغلوب بهواه فيعمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة. وذو الغفلة هو من لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة فيغبن لسلامة قلبه.

والقانون المصرى يعتبر الغفلة عارضاً مستقلاً عن السفه، أما

القانون اللبنانى فيعتبر الغفلة نوعا من السفه (م٩٤٦مجلة)[١]، وعلى كل حال فالحكم واحد بالنسبة إلى هذين العارضين سواء فى القانون المصرى أم فى القانون اللبنانى.

ويفرق القانون المصرى فيما يتعلق بالتصرفات الصادرة من ذى الغفلة والسفيه بين التصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر عليه، وبين التصرفات السابقة على تسجيل هذا القرار.

فبالنسبة للتصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر تنص المادة ١١٥/١ مدنى على أنه «اذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام». ومعنى ذلك أن التصرفات النافعة له نفعا محضا كالاتهاب تقع صحيحة، أما الضارة به ضرراً محضاً كالتبرع الصادر منع فتقع صحيحة، أما ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والاجارة فتكون قابلة للابطال[٢].

---

(١) أما قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية فيعتبر الغفلة عارضا مستقلا عن السفه (م١١٩و١٢٣و١٢٤و١٢٥)، وهو يتفق فى هذا مع القانون المصرى.

(٢) يستثنى من هذه الأحكام ما تقضى به المادة ١/١١٦ مدنى من أنه «يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا، متى أذنته المحكمة فى ذلك».

وما تقضى به هذه المادة فى فقرتها الثانية فى شأن أعمال الادارة من أنه «وتكون أعمال الادارة الصادر من المحجور عليه لسفه، المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون»، وحكم هذه الفقرة وان تكلم عن السفيه فقط الا أنه ينصرف كذلك الى ذى الغفلة، وهو ما نصت عليه المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال بقولها: «يجوز للمحجوز عليه للسفه أو الغفلة، بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها، وفى هذه الحالة تسرى عليه الاحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون».

أما التصرفات السابقة على تسجيل قرار الحجر فقد تناولتها المادة ٢/١١٥ مدنى بقولها «أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال، الا اذا كان نتيجة إستغلال أو تواطؤ». ومعنى هذا النص أن الأصل فى تصرفات السفيه وذى الغفلة الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون صحيحة، إلا إذا كانت نتيجة الاستغلال أو التواطؤ، ذلك أن السفيه أو ذى الغفلة كثيراً ما يلجأ - لذا ما توقع الحجر عليه - إلى تبديد أمواله بالتواطؤ مع الغير، أو يغتنم الغير فرصة ما يعانيه من نقص بسبب السفه أو الغفلة، فيستغل هذا النقص بإبتزاز أمواله، فرد المشرع هذا القصد بتقرير بطلان تصرفاته فى هذه الحالة اذا كانت من قبيل التبرعات، أو بإمكان إبطالها إذا كانت من المعاوضات.

وفى القانون اللبنانى تأخذ تصرفات السفيه أو ذى الغفلة حكم تصرفات الصبى المميز إذا صدرت بعد اعلان قرار الحجر (م٩٦١و٩٦٢و٩٩٠ من المجلة). أما قبل إعلان قرار الحجر فالأصل أن تعتبر صحيحة، إلا أنه وفقا للمبادئ العامة من أن الغش يفسد كل تصرف، فيمكن إعتبارها باطلة أو قابلة للابطال اذا صاحبها إستغلال أو تواطؤ، بالرغم من خلو القانون اللبنانى من نص خاص فى هذا الشأن.

٣- موانع الأهلية

٢٤٩- بيان الموانع:

قد يوجد الشخص بالرغم من إكتمال أهليته فى ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده، ولذا يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص آخر يتولى عنه إبرام هذه التصرفات أو يساعده فى ابرامها. وهذه الموانع هى: الغيبة وهى مانع مادى، والحكم بعقوبة جناية وهى مانع قانونى، والعاهة وهى مانع طبيعى.

٢٥٠- الغيبة:

الغيبة مانع مادى يحول بين الشخص وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه رغم إكتمال أهليته. وينصرف إصطلاح الغائب فى القانون المصرى الى: ١- المفقود وهو من لا تعرف حياته من مماته. ٢- من لا يعرف له موطن أو محل اقامة رغم التيقن من حياته. ٣- من له موطن أو محل اقامة خارج مصر ويستحيل عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو يشرف على من ينيبه فى ادارتها (م٧٤ من قانون الولاية على المال).

وإذا إنقضت سنة أو أكثر على غياب الشخص وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أقامت المحكمة وكيلاً عنه يتولى شؤونه (م٧٤). وإذا كان الغائب قد ترك وكيلا عاما فتحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره (م٧٥ من قانون الولاية على المال).

وفى القانون اللبنانى لم تتعرض النصوص القائمة فى هذا الشأن[1] إلا لحالة الغائب المفقود، فاذا كان قد ترك وكيلاً من قبل الفقد فتستمر وكالته إلا إذا إستبانت خيانته أو تقصيره، وإذا لم يترك وكيلا، فتعين المحكمة عنه وكيلا.

ويذهب الشراح إلى تطبيق نفس هذه الأحكام إلى حالة الغيبة غير المصحوبة بالفقد، رعاية لصالح الغائب[2].

---

(١) راجع المواد ١٢٧ الى ١٣٣ من قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية.

(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، بند ٢٥٨، عبد المنعم الصده، المرجع السابق، بند ٢٢١.

٢٥١- الحكم بعقوبة جناية:

المحكوم عليه بعقوبة جناية هو فى الأصل شخص كامل الأهلية، إلا أن الضرورة تقضى بتعيين نائب له يرعى مصالحه. ولذا نص المشرع المصرى فى قانون العقوبات (م٢٥) على أن المحكوم عليه بعقوبة جناية محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة، ويعين له قيما يختاره المحكوم عليه وتقره المحكمة فان لم يفعل عينته المحكمة، بناء على طلب النيابة العامة أو ذى مصلحة فى هذا الشأن.

ويتولى القيم أعمال الإدارة، أما أعمال التصرف فلابد فيها من إذن من المحكمة. وترد أموال المحكوم عليه اليه بعد انقضاء مدة العقوبة أو الإفراج عنه، ويقدم له القيم حسابا عن إدارته.

وفى القانون اللبنانى تقضى المادة ٥٠ من قانون العقوبات بأن كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة أو الإعتقال، يحرم من إدارة أمواله أو التصرف فيها، ولا يسلم إليه أى مبلغ من دخله فيما عدا المبالغ التى تجيزها الشريعة أو أنظمة السجون. ويتولى أعمال الإدارة والتصرف عنه وصى يعين وفقاً لقانون الأحوال الشخصية.

٢٥٢- العاهة:

تعتبر العاهة بشروط معينة مانعاً من موانع الأهلية فى القانون المصرى، فقد يكون الشخص كامل الأهلية، ولكنه يكون عاجزاً عن التعبير عن إرادته لعلل جسمانية، فتعين له المحكمة مساعداً قضائياً: ١- إذا إجتمعت فيه عاهتان من عاهات ثلاث وهى العمى والبكم والصمم. ٢- أو إذا كان يخشى من انفراده بالتصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد كالشلل

النصفى مثلاً (م١١٧ مدنى و م ٧٠ من قانون الولاية على المال) وإذا تصرف الشخص بعد تسجيل قرار المساعدة كان تصرفه قابلاً للإبطال(١).

الفرع الثاني

الشخص المعنوي أو الإعتباري

٢٥٣- الحاجة إلي الشخصية المعنوية:

رأينا أن الشخصية تثبت للإنسان من وقت ولادته، فالإنسان هو الشخص فى نظر القانون، غير أنه ليس بالشخص الوحيد، بل يوجد بجانبه ما يسمى بالشخص المعنوى أو الشخص الاعتبارى (La personne morale).

ذلك أن الإنسان أى الشخص الطبيعى عاجز لضعف قواه، وقلة موارده، وقصر عمره، عن تحقيق الأغراض الإجتماعية الكبرى التى تتطلب مجهوداً كبيرا، ومالاً وفيراً، ووقتاً طويلاً، بل هو مضطر إلى ضم نشاطه إلى نشاط غيره ليكون من مجموعها قوة لا يجرى إليها الفناء بسرعة، تستطيع الإضطلاع بأعباء ثقال من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية. فالحاجة هى التى دفعت الإنسان إلى إسناد جهوده إلى جهود غيره وانشاء جماعات

---

(١) لا يعتبر المساعد القضائى نائبا عمن تقررت مساعدته الا فى حالة واحدة، وهى الحالة التى ذكرتها الفقرة الأخيرة من المادة ٧١ من قانون الولاية على المال من أنه «اذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر، جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة، ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد باجراء هذا التصرف»، اذ فى هذه الحالة فقط ينعقد التصرف بارادة المساعد القضائى الذى يعتبر فى حكم القيم، أما فى غير ذلك من الحالات فينعقد التصرف بارادة صاحب الشأن ويقتصر دور المساعد القضائى على ترجمة هذه الارادة.

تؤمن له أغراضه العلمية أو الرياضية أو الفنية أو الاقتصادية والمالية، هذه الجماعات قائمة وعلى المشرع أن ينظمها، أو يعترف بوجودها، وهو ما فعله المشرع المصرى فى المواد ٥٢ إلى ٨٠ من التقنين المدنى(١).

٢٥٤- التعريف بالشخص المعنوي:

الشخص المعنوى أو الإعتبارى هو كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال، تقم لتحقيق غرض معين، ويمنحها القانون الشخصية لتحقيق ذلك.

والشخص المعنوى كما هو ظاهر من هذا التعريف إما أن يكون مجموعة أشخاص كالدولة والجمعية والشركة، وإما مجموعة أموال كالمؤسسات. والمؤسسة هى رصد مال بغية تحقيق ورعاية غرض معين، كرصد مال لإنشاء مستشفى أو مدرسة مثلاً، أى أن العبرة فى المؤسسة بالغرض والمال المحبوس على تحقيقه.

٢٢٥- تقسيم:

سنتناول فى دراستنا للشخص المعنوى الكلام فى: ١- مدى

---

(١) بجانب أحكام التقنين المدنى، توجد فى مصر تشريعات خاصة تناولت بالتنظيم بعض أنواع الشخص المعنوى، كالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالجمعيات والمؤسسات الخاصة.

أما فى القانون اللبنانى فلا توجد نظرية عامة للشخص الاعتبارى كما فى القانون المصرى، ولكن توجد بعض القوانين المتعلقة ببعض أنواع الشخص الاعتبارى، من ذلك قانون الجمعية العثمانى فى ٢٩ رجب ١٣٢٧و٣ أغسطس سنة ١٩٠٩، وقانون الجمعيات التعاونية الزراعية فى ١٨ آب سنة ١٩٦٤، هذا بجانب التنظيم القانونى للشركات.

الشخصية المعنوية. ٢- إبتداء وإنتهاء الشخصية المعنوية. ٣- أنواع الشخص المعنوى. ٤- مظاهر الشخصية المعنوية.

المبحث الأول

مدي الشخصية المعنوية

٢٥٦- أهلية وجوب الشخص المعنوي:

اذا كان الشخص الإعتبارى يتساوى مع الشخص الطبيعى فى مبدأ الشخصية أى فى مبدأ الصلاحية لإكتساب الحق وتحمل الواجب، إلا أنه نظراً لإختلاف طبيعة كل منهما فان مدى أهلية الوجوب المقررة للشخص الإعتبارى أضيق نطاقا من أهلية الوجوب المقررة للشخص الطبيعى، ويرجع ذلك إلى عاملين هما: طبيعة تكوين الشخص الاعتبارى من ناحية، وخضوع الشخص الإعتبارى لمبدأ التخصص من ناحية أخرى.

فأما عن طبيعة تكوين الشخص المعنوى، فإنه بإعتباره مجموعة من الأشخاص أو الأموال، لا يتصور أن تثبت له الحقوق والإلتزامات الملازمة لصفة الانسان الطبيعية، وهو ما قررته المادة ٥٣ مدنى بقولها «الشخص الإعتبارى يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية، وذلك فى الحدود التى قررها القانون».

وعلى هذا النحو لا يتصور أن تثبت له حقوق الأسرة وما يتفرع عنها ولو كان ذلك حقا ماليا كحق الارث. كما لا تثبت له الحقوق والواجبات التى تستند إلى الكيان الجسدى، كالحق فى سلامة الجسم أو فى أداء الخدمة العسكرية. أما الحقوق المتصلة بالكيان الأدبى فان طبيعته لا تستعصى عليها، لأن له الحق فى الإسم وفى السمعة.

أما الحقوق السياسية، وقوامها الحق فى المشاركة فى الحكم، فيرى البعض قصرها على الإنسان الطبيعى لأنها حقوق ملازمة للصفة الانسانية. ولكن الرأى الغالب يذهب إلى أنه ليس فى طبيعة هذه الحقوق ما يحتم قصرها على الإنسان، بل انه من المتصور أن تتم المشاركة فى الحكم من جانب بعض أنواع الشخص المعنوى[1].

وأما عن مبدأ التخصص، فإنه إذا كان الشخص الطبيعى يستطيع أن يوجه نشاطه أيه وجه يريد ما دام لا يخرج عن النظام العام والآداب، وتثبت له بالتالى الصلاحية لكسب الحقوق وتحمل الواجبات عامة دون تحديد. فان الشخص المعنوى يخضع لمبدأ التخصص لأنه ما قام إلا لتحقيق غرض معين، ولذا لا يكون صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات الا بالقدر اللازمة هذا الغرض.

وتخصص الشخص المعنوى يتحدد بما يبينه سند إنشائه، أو بما يقرره القانون، وقد نصت على ذلك المادة ٢/٥٣ب مدنى بقولها أن للشخص الإعتبارى «أهلية فى الحدود التى يعينها سند انشائه، أو التى يقررها القانون».

فالجمعية تتخصص قانوناً بعدم السعى للحصول على ربح مادى، ثم تتخصص فى سند إنشائها بغرض أكثر تحديداً كإحياء تراث وطنى ما.

وطبيعى أن يكون للشخص المعنوى حق التقاضى لحماية هذا الغرض (م٢/٥٣جـ مدنى).

---

(١) راجع حسن كيرة، المرجع السابق، بند ٢٦٥ ،عبد المنعم الصده، المرجع السابق، بند ٢٣١.

المبحث الثاني

إبتداء وإنتهاء الشخصية المعنوية

٢٥٧- بدء الشخصية المعنوية:

يتوقف إكتساب الشخصية المعنوية على إعتراف الشارع بها، وبديهى أنه يسبق هذا الإعتراف أن يتم تكوين الشخص المعنوى وفقاً للشروط التى يتطلبها القانون.

والإعتراف بالشخص المعنوى قد يكون إعترافاً عاماً وقد يكون إعترافاً خاصاً.

والأصل فى القانون المصرى – وكذلك فى القانون اللبنانى –[1] هو الاعتراف العام، ويتحقق هذا الإعتراف العام بأن يضع المشرع مسبقاً شروطاً عامة إذا تحققت فى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال اكتسبت هذه الجماعة أو هذه المجموعة الشخصية الإعتبارية بقوة القانون دون حاجة إلى إذن خاص بذلك. وهذا ما قررته المادة ٥٢ من التقنين المدنى بالنسبة للجمعيات، والشركات التجارية والمدنية، والأوقاف والمؤسسات ...الخ.

أما الإعتراف الخاص – وهو الإستثناء فى القانونين المصرى واللبنانى – فيتطلب لإكتساب الشخصية المعنوية صدور إذن خاص

---

(١) راجع المادة ٢ من قانون الجمعيات العثمانى، والمادة ٧ من قانون الجمعيات التعاونية.
وانظر تعداد الأشخاص الاعتبارية فى قانون تصرف الأشخاص المعنويين بالأموال غير المنقولة الصادر بتاريخ ٢٢ ربيع الأول سنة ١٣٣١ هـ.

بذلك، بالنسبة إلى كل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال على حدة، إذا كانت هذه الجماعة أو هذه المجموعة لا تدخل تحت صورة من الصور التى ذكرها القانون، وهذا هو ما عنته المادة ٦/٥٢ مدنى بقولها «كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الإعتبارية بمقتضى نص فى القانون». ومن الأمثلة على ذلك الاعتراف للجنة العليا للإصلاح الزراعى فى مصر بالشخصية المعنوية فى قانون خاص.

٢٥٨- انتهاء الشخصية المعنوية:

تنتهى الشخصية المعنوية بأسباب مختلفة: فقد تنتهى بإنقضاء الأجل المحدد للشخص الإعتبارى فى سند إنشائه، وقد تنتهى بتحقيق الغرض الذى أنشأت من أجله، أو إذا أصبح تحقيق هذا الغرض مستحيلاً، وقد تنتهى بموت كل من الأفراد أعضاء الشخص الإعتبارى إذا كان جماعة من الأشخاص أو بإنقراض كل المنتفعين بالغرض منه إذا كان مجموعة من الأموال، وقد تنتهى إذا نزل عدد أعضائه عن الحد الأدنى الواجب توافره(١).

وقد ينقضى الشخص المعنوى إنقضاء إختيارياً، إذا كان جماعة من الأشخاص، وأتفق جميع الاعضاء على حله، أو قررت ذلك الاغلبية التى يتطلبها القانون لحله.

---

(١) لا يجوز فى القانون المصرى أن يقل عدد الشركاء فى شركات المساهمة عن سبعة. ولا يجوز أن يقل عدد أعضاء الجمعية، اذا كانوا أشخاصا طبيعين، عن عشرة (المادة الاولى من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة).

لا يجوز فى القانون اللبنانى أن يقل عدد المؤسسين للشركة المغفلة (المساهمة) عن ثلاثة (م٧٩ تجارى)، ولا أن يقل عدد أعضاء الجمعية التعاونية عن عشرة (م١٠ من قانون الجمعيات التعاونية لسنة ١٩٦٤).

وأخيراً قد ينتهى الشخص المعنوى إنقضاءً إجبارياً من قبل السلطة التشريعية اذا قررت الغاء طائفة من طوائف الشخص المعنوى بصفة عامة، أو بإلغاء شخص معنوى معين إكتسب شخصيته عن طريقها. وقد يكون الإنقضاء الإجبارى بحكم من القضاء إذا خالف الشخص المعنوى القانون أو النظام العام والآداب، أو بقيام السلطة التنفيذية أو الإدارية بسحب الترخيص الذى أكسبه الشخصية فى الأحوال التى يعينها القانون(١)

وإذا إنقضى الشخص المعنوى وجب تصفية ذمته المالية،فتسدد ديونه من أمواله، ويوزع الباقى منها طبقا لما يقرره سند إنشائه، أو طبقاً لما يقضى به قرار الحل. وقد تقتضى تصفية ذمته المالية، الإبقاء على شخصيته طوال فترة التصفية وبالقدر اللازم لاتممها.

المبحث الثالث

أنواع الشخص المعنوي

٢٥٩ - تقسيم الشخص المعنوي إلي عام وخاص:

تنقسم الأشخاص المعنوية إلى قسمين: أشخاص عامة، تخضع بالتالى لأحكام القانون العام، وأشخاص خاصة، تخضع بالتالى لأحكام القانون الخاص.

ونظراً لقيام الدولة فى الوقت الحاضر بنشاطات مشابهة لنشاطات الأفراد، فان التفرقة بين هذين النوعين من الأشخاص الإعتبارية لم تعد

---

(١) راجع المادة ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة فى مصر. وراجع المادتين ١٢و١٤ من قانون الجمعيات العثمانى، والمادة ٤٩ من قانون الجمعيات التعاونية لسنة ١٩٦٤.

ميسورة، بل هى تدق فى كثير من الأحيان. ومن المعايير التى يقترحها الفقهاء للتفرقة بينهما الإعتداد بالغرض من انشاء الشخص المعنوى. والامتيازات التى يتمتع بها إزاء اعضائه وإزاء الغير، وما إذا كانت الدولة هى التى أنشأته، وتمتع الإدارة بالاشراف عليه. وكل من هذه المعايير يكمل بعضها البعض فى التعرف على نوع الشخص الإعتبارى.

٢٦٠- الأشخاص المعنوية العامة:

فى طليعة الأشخاص المعنوية العامة نجد الدولة، فالدولة شخص معنوى، بل هى أقدم الأشخاص المعنوية، وهى تكتسب شخصيتها من اعتراف الدول بها.

وبجانب الدولة توجد سلطات محلية هى المحافظات والمدن والقرى (وفى القانون اللبنانى توجد البلديات)(١).

وأخيراً توجد المنشآت أو المؤسسات العامة (الدوائر العمومية اللامركزية فى القانون اللبنانى)، وهى تقوم بنشاط عام أو بمرفق عام، وتتمتع فى ادارته بنوع من الإستقلال الذاتى عن الدولة أو الأشخاص العامة المحلية. وإلى هذا أشارت المادة ٥٢ من التقنين المدنى بقولها «الأشخاص الإعتبارية هى: ١- الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية».

٢٦١- الأشخاص المعنوية الخاصة:

تنقسم الأشخاص المعنوية الخاصة إلى قسمين: جماعات الأشخاص، ومجموعات الأموال.

---

(١) لم يعترف المشرع اللبنانى للمحافظات والأقضية بالشخصية المعنوية.

وجماعات الأشخاص تتكون من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين، وهي تشمل الشركات والجمعيات.

والشركة، عقد بين طائفة من الأشخاص، بمقتضاه يضع كل من المتعاقدين حصة من المال أو عمل بغية تحقيق ربح مادى وإقتسامه، أى أن الشركة جماعة من الأشخاص تسعى إلى غاية مادية. والشركة قد تكون شركة مدنية وقد تكون شركة تجارية.

أما الجمعية فهى جماعة من الأشخاص تقوم لتحقيق غرض معين غير الربح المادى، فهى تشبه الشركة فى أنها تقوم على جماعة من الأشخاص، ولكن تختلف عنها فى أنها لا تسعى إلى كسب مادى بل إلى غرض خيرى أو رياضى أو دينى .. الخ.

أما مجموعات الأموال فهى حبس مال ذى ريع على تحقيق ورعاية غرض معين، ومثالها الوقف وهو نظام مستمد من الشريعة الاسلامية، والمؤسسات الخاصة.

والمؤسسة الخاصة هى تخصيص مال لمدة غير معينة، لعمل ذى صفة انسانية أو دينية أو علمية أو رياضية أو فنية أو لأى عمن آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام، دون قصد إلى ربح مادى (م٦٩ من القانون المصرى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة).

المبحث الرابع
مظاهر الشخصية المعنوية

٣٦٢- بيان هذه المظاهر:

يتميز الشخص المعنوى بمميزات الشخص الطبيعى من حيث الإسم

والموطن والحالة، كما يتميز بوجود ذمة مالية خاصة به مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين له.

٢٦٣- الإسم:

للشخص الإعتبارى كالشخص الطبيعى إسم يعرف به، ويميزه عن غيره من الأشخاص، ويجب أن ينص على هذا الإسم فى سند إنشائه، وهو يستمد عادة من الغرض الذى يسعى إليه[١].

وقد يكون اسم الشخص الإعتبارى إسماً تجارياً، وفى هذه الحالة يجوز له التصرف فيه بإعتبار أحد عناصر المحل التجارى.

ولا يجوز الإعتداء على إسم الشخص المعنوى، وإن وقع مثل هذا الإعتداء، كان له الحق فى التعويض عن الضرر الذى لحقه.

٢٦٤- الموطن:

للشخص المعنوى موطن خاص به مستقل عن موطن أعضائه أو منشئيه. ويتحدد موطنه بالمكان الذى يوجد فيه مركز إدارته (م٢/٥٣ مدنى)، ويتحدد مركز ادارة الشخص المعنوى عادة فى نظامه الأساسى.

وإذا كان للشخص المعنوى فروع متعددة فى أماكن مختلفة، فيعتبر المكان الذى يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطناً خاصاً بالأعمال المتعلقة بهذا الفرع[٢].

---

(١) راجع المادتين ٣و٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر فى مصر فى سنة ١٩٦٤، والمادة ١/٦ من قانون الجمعيات العثمانى.

(٢) تنص المادة ٥٢ من قانون المرافعات المصرى على أنه «يجوز رفع الدعوى الى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك فى المسائل المتعلقة بهذا الفرع».

وتقضى المادة ٩٢ من أصول المحاكمات المدنية اللبنانى بأن «الأشخاص المعنويين الذين لهم عدة فروع يحسبون كان لهم مقاما مختارا فى كل فرع منها فيما يختص بالعمليات التى أجرتها تلك الفروع مع شخص ثالث».

٢٦٥- الحالة:

طبيعى أن الشخص الإعتبارى لا ينتسب إلى أسرة معينة ولا إلى دين معين، وهو فى هذا يفترق عن الشخص الطبيعى.

ولكن الشخص المعنوى ينتسب إلى دولة معينة أى يتمتع بجنسية دولة معينة، وهذه الجنسية مستقلة عن جنسية أعضائه. فمثلا الجمعيات والمؤسسات الخاصة تعتبر مصرية اذا أنشأت طبقا للقانون واتخذت مركزها فى مصر.

٢٦٦- الذمة:

للشخص الإعتبارى ذمة خاصة به، مستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين له. وينبنى على ذلك أنه لا يجوز لدائنى هؤلاء الأشخاص الرجوع بديونهم على الشخص الإعتبارى، كما أنه ليس لدائنى الشخص الإعتبارى الرجوع على الأموال الخاصة لهؤلاء الأشخاص.

الفصل الثاني

محل الحق

٢٦٧- تمهيد:

الحق فى نطاق المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية، يقرها القانون للشخص. ويتعين علينا فى كلامنا فى الحق أن نفرق بين مضمون الحق ومحل الحق. منعاً للخلط بينهما.

فمضمون الحق هو السلطات التى يخولها الحق لصاحبه، فى حين أن محل الحق هو ما يرد عليه الحق - بهذا المضمون - سواء كان شيئاً أو عملاً.

فالحق العينى يرد على شئ مادى، لأنه سلطة لشخص معين على شئ معين كالملكية. والحق الذهنى يرد على شئ غير مادى، هو الخلق أو النتائج الذهنى لصاحبه.

والحق الشخصى يرد على عمل ايجابى أو سلبى، لأن هذا الحق - كما سبق أن ذكرنا - رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما بالقيام بعمل أو بالإمتناع عن عمل.

وعلى هذا النحو سنتكلم فى محل الحق، أولا فى الأعمال. ثانيا فى الأشياء.

الفرع الأول

الأعمال

٢٦٨- شروط العمل بوصفه محلاً للحق:

رأينا أن محل الحق الشخصى هو القيام بعمل، سواء كان عملاً ايجابياً أم عملاً سلبياً، وهذا العمل يجب أن تتوافر فيه شروط معينة هى: أولاً – الإمكان. ثانياً – التعيين. ثالثاً – المشروعية[١].

٢٦٩- شرط الإمكان:

يجب أن يكون العمل محل الحق ممكناً. والإمكان تقابله الإستحالة، فاذا كان المحل مستحيلا فى ذاته فلا يقوم الإلتزام، لأن القاعدة: لا إلتزام بمستحيل. والمقصود بالاستحالة هنا هى الإستحالة المطلقة أى الموضوعية، لا الإستحالة النسبية أى الشخصية.

والإستحالة تكون مطلقة إذا كان المحل مستحيلاً فى ذاته، كالتعهد برفع إستئناف عن حكم بعد فوات الميعاد. وهى تكون نسبية إذا كان المحل مستحيلاً على بعض الأشخاص دون البعض الآخر، كتعهد شخص برسم صورة زيتية وهو يجهل هذا الفن.

وإذا كان المحل إعطاء شئ أى نقل حق عينى على شئ وجب أن يكون

(١) راجع المواد ١٣١–١٣٥ مدنى، والمواد ١٨٨ وما بعدها موجبات.

هذا الشئ موجودا أو محتمل الوجود وفقاً لقصد المتعاقدين، لأن المتعاقدين قد يقصدا التعامل فى شئ موجود فعلا وقت التعاقد، وقد يقصدا التعامل فى شئ محتمل الوجود، كتعهد صاحب مصنع ببيع منتجات مصنعه فى فترة مستقبلة.

٢٧٠- شرط التعيين:

إذا كان محل الحق هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وجب أن يكون هذا العمل معيناً أو قابلاً للتعيين وفق ظروف العقد، فإذا تعهد مقاول ببناء منزل وجب تحديد هذا البناء وذكر مواصفاته، أو على الأقل أن يكون تحديد البناء ممكنا بالنظر إلى ملابسات العقد، كما لو كان سيشيد فى المدينة أو القرية، للسكنى أو الاستغلال ... الخ.

وإذا كان المحل إعطاء شئ، وجب أن يكون هذا الشئ معيناً أو قابلاً للتعيين، وكيفية تعيين الشئ تختلف بإختلاف ما إذا كان من القيميات أو من المثليات.

فإذا كان من القيميات وجب تعيينه تعييناً يميزه عن غيره، فالأرض مثلا تعين بموقعها وحدودها ومساحتها، والجواد بجنسه وسنه ولونه ومميزاته ... الخ.

وإذا كان من المثليات فيعين بجنسه ونوعه ومقداره، كأن أبيعك مائة قنطار من القطن الأشمونى.

٢٧١- شرط المشروعية:

يجب أن يكون المحل مشروعا أى غير مخالف للنظام العام أو الآداب. ومن الأمثلة على العمل غير المشروع: الإلتزام بإرتكاب جريمة معينة، أو

بدفع مبلغ من المال مقابل قيام علاقة جنسية غير مشروعة، أو بيع كمية من المخدارات.

الفرع الثاني
الأشياء

٢٧٢- التمييز بين الأموال والأشياء:

يجب أن نفرق بين الأموال والأشياء. فالمال هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان هذا الحق، أى سواء أكان حقاً عينياً أم حقاً شخصياً أم حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية الخ. أما الشئ فهو محل ذلك الحق.

وسنتناول فى بحثنا للأشياء، الكلام: أولاً فى الأشياء التى تصلح محلاً للحق أى الأشياء القابلة للتعامل فيها، وثانيا فى تقسيمات الأشياء.

المبحث الأول
الأشياء القابلة للتعامل فيها

٢٧٣- الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها:

تناولت المادة ٨١ مدنى الأشياء التى لا يجوز التعامل فيها فنصت على أن «١- كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية. ٢- والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية».

وظاهر من هذا النص أن الشئ يخرج عن التعامل بحسب طبيعته أو بحكم القانون.

٢٧٤- الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها:

الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى ينتفع بها جميع الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر، كأشعة الشمس والهواء والبحار، ولذلك عرفها المشرع المصرى بأنها الأشياء التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها.

والأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها هى فى الواقع أشياء مستحيلة فاذا زالت هذه الإستحالة أمكن التعامل فيها، وهو مايقع بالنسبة للهواء أو الماء بعد حصره واحرازه.

ويجب أن نفرق بين الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها والأشياء المباحة، لأن الأولى لا تقبل التملك، على حين أن الثانية تقبل التملك وان كان لا مالك لها، ومثالها الطير فى الهواء والسمك فى البحر.

٢٧٥- الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون:

بعض الأشياء تقبل التعامل فيها بطبيعتها، ولكن لما كان هذا التعامل يعطل الغرض الذى خصصت له أخرجها القانون من نطاق الأشياء الجائز التعامل فيها، ومثالها الأموال العامة، فهذه الأموال مخصصة لمنفعة عامة، ولذا لا يجوز التعامل فيها. غير أن عدم القابلية للتعامل بالنسبة لها لا تتناول سائر التصرفات، ذلك انه اذا كان من غير الجائز بيع أو رهن المال العام لأن ذلك يخرج به عن الغرض المخصص له، إلا أنه من الجائز تأجيره، وهو مايحصل بالنسبة لشغل جزء من الطريق العام مثلا.

كذلك قد يقرر المشرع فى نصوص خاصة عدم جواز التعامل فى بعض

الأشياء كالمخدرات، وأوراق النقد المزيفة، والأشربة والمأكولات المغشوشة، والرقيق ... وجميع هذه النصوص قد جاءت تطبيقا لفكرة عامة هى حماية النظام العام والآداب (م ١٣٥ مدنى و١٩٢ موجبات).

المبحث الثاني
تقسيمات الأشياء

٢٧٦- الأشياء المادية:

تناول التقنين المدنى المصرى تقسيم الأشياء المادية، فذكر منها تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات، وتقسيمها إلى قابلة وغير قابلة للإستهلاك، وتقسيمها إلى أشياء مثلية وأشياء قيمية.

وبجانب الأشياء المادية توجد الأشياء غير المادية أى المعنوية، وقد سبق أن درسنا الحق المعنوى.

المطلب الأول
العقارات والمنقولات

٢٧٧- أساس التفرقة بين العقار والمنقول:

العقار هو كل شئ مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله دون تلف، وينطبق هذا التعريف على كل شئ حائز لصفة الإستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقه بصنع صانع. ولا يعتبر الشئ ذو مستقر ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله دون تلف، وهو ما نصت عليه المادة ١/٨٢ مدنى بقولها «كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار»، وما أشارت إليه المادة الثانية من قانون الملكية العقارية اللبنانى بقولها «العقارات بطبيعتها هى الأشياء التى يكون لها، بالنظر إلى جوهوها، موقع ثابت غير منتقل».

أما المنقول فلم يعرفه المشرع المصرى، بل إكتفى بعد تعريف العقار بالقول «وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول»

وهذا التقسيم المبنى على طبيعة الأشياء لم يأخذ به المشرع دائما، بل اعتبر بعض العقارات كالمحصولات قبل نضوجها منقولات، كما إعتبر بعض المنقولات كالماشية المملوكة لصاحب الأرض والمخصصة لخدمتها عقارات وسماها عقارات بالتخصيص.

٢٧٨- أهمية تقسيم الأشياء إلي عقارات ومنقولات:

لتقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات أهمية عملية لأن بعض الأحكام القانونية تختلف بإختلاف ما اذا كان الشئ عقاراً أم منقولاً، وهذا الإختلاف وإن كان طبيعياً فى بعض الحالات إلا أنه تحكيماً فى حالات أخرى، تأثر فيها المشرع بالفكرة القديمة التى كانت تعتبر العقارات عماد الثروة، وأن المنقولات أشياء تافهة، وهو ما لا يتفق مع الأوضاع الإقتصادية الآن.

ومن الأمثلة على إختلاف الأحكام بإختلاف طبيعة الشئ ما يأتى:

١ – أن الملكية لا تنتقل بالنسبة للعقارات إلا إذا أشهر العقد بأن سجل، أما المنقولات وليس لها مقر ثابت، فلا داعى لشهر التصرف المتعلق بها لكى تنتقل الملكية.

٢ – أن حيازة العقار متميزه عن ملكيته، إذ ليس من الضرورى أن أكون مالكا للدار لمجرد أنى أسكنها، أما بالنسبة إلى المنقول فالحيازة مرتبطة بالملكية، ولذا كانت القاعدة المعروفة وهى «الحيازة فى المنقول سند الملكية» (راجع المادة ١/٩٧٦ مدنى والمادة ٣٠٧ أصول محاكمات لنبانى) .

٣- اذا ثار نزاع متعلق بعقار فيكون نظر هذا النزاع من إختصاص المحكمة الكائن فى دائرتها العقار، أما المنقول وليس له مكان ثابت، فتختص بنظر النزاع المتعلق به المحكمة الكائن فى دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ و ٥٠ مرافعات مصرى و م٨٩ و ٩٠ و ٩١ أصول محاكمات لبنانى).

٤- أن بعض الحقوق لاترد إلا على العقار كالرهن الرسمى وحق الاختصاص وحق الإرتفاق والتأمين فى القانون اللبنانى.

هذه بعض الفروق فى الأحكام المترتبة على تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات(١)، وسنبحث الآن فى كل من هذين القسيمن.

١- العقارات

٢٧٩- الاصل والاستثناء:

رأينا أن العقار هو كل شئ مستقر بحيزة ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف، وهذا هو العقار بالطبيعة، غير أنه إستثناء من هذا الأصل تعتبر بعض المنقولات المخصصة لخدمة العقار بالطبيعة، عقاراً، وهذا هو العقار بالتخصيص.

٢٨٠- العقار بالطبيعة:

وفقا لتعريف العقار بأنه كل شئ مستقر ثابت لا يمكن نقله دون تلف يعتبر عقارا بالطبيعة (Immeuble par nature) ما يأتى:

١- **الأرض:** فهى عقار ثابت بطبيعته حائز لصفة الإستقرار من أصل

---

(١) هناك فروق أخرى بين الاحكام المتعلقة بالعقارات وتلك المتعلقة بالمنقولات، من ذلك الأحكام بالمنقولات، من ذلك الأحكام الخاصة بالتنفيذ على أموال المدين، والأحكام الخاصة بدعوى تكملة الثمن للغبن، والأحكام الخاصة بقواعد الإسناد فى القانون الدولى الخاص .. الخ.

خلقته. والأرض تشمل كل ما تحت سطحها وما في جوفها من مناجم ومحاجر. فهذه جميعاً تعتبر عقارات بالطبيعة. وبديهى أنه إذا كان المنجم أو المحجر يعتبر عقاراً، الا أن ما يستخرج منه من معادن أو أحجار فيعتبر من المنقولات بمجرد فصلها عنه.

٢- **الأبنية:** تعتبر الأبنية باتصالها بالارض عقارا، وهى حائزة لصفة الإستقرار بصنع صانع. ولفظ الأبنية ينصرف إلى دور السكنى والمخازن والمعامل...الخ، كما ينصرف إلى أى منشأة فنية كالقناطر والخزانات والجسور والأنفاق. ولفظ بناء ينصرف إلى جميع أجزائه التى لا يتم إلا بها كالأبواب والشبابيك والمصاعد.

٣- **النباتات:** تعتبر الاشجار عقارات بالطبيعة إذا إتصلت بالأرض إتصالا مباشراً، أى امتدت جذورها جذورها فى الأرض، وعلى ذلك تعتبر منقولات النباتات التى تنمو فى الأوعية والقصارى، ولو دفنت الأوعية فى الأرض.

٢٨١- العقار بالتخصيص:

تنص المادة ٣/٨٢ مدنى على أنه «ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله». وتقضى المادة ١/٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى أن «العقارات بتخصيصها هى أشياء قد تعتبر بذاتها منقولات، انما هى من متممات عقار بطيبعته، شرط: ١- أن تكون والعقار بطبيعته لمالك واحد. ٢- أن تكون مخصصة لإستثمار العقار أو بوجه عام لخدمة لعقار التى تكون هذه الأشياء من متمماته».

ظاهر من هاتين المادتين أنه يتعين لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص (immeube par destination) توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول:

أن يوضع منقول بطبيعته فى عقار بطبيعته سواء كان هذا العقار أرضاً أو بناء.

الشرط الثاني:

أن يوضع المنقول فى العقار بمعرفة مالك العقار نفسه أو من ينوب عنه كالوكيل مثلاً، وعلى ذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات التى يضعها مستأجر الأرض لاستغلالها.

الشرط الثالث:

أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد، وعلى ذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات المسلمة لمالك العقار على سبيل عارية الاستعمال مثلا. والحكمة من ذلك كما سنرى أن الغرض من فكرة التخصيص هى إخضاع المنقول لأحكام العقار تأمينا لاستغلاله.

الشرط الرابع:

أن يخصص المنقول لخدمة العقار أو إستغلاله لا لخدمة صاحب العقار، فالسيارة المخصصة لنقل منتجات المصنع تعتبر عقاراً بالتخصيص، أما سيارة صاحب المصنع فتعتبر منقولاً، لأنها ليست مخصصة لخدمة المصنع أو إستغلاله.

ومن قبيل العقارات بالتخصيص فى مجال الإستغلال الزراعى، الماشية المخصصة لخدمة الأرض، أما المعدة لركوب المالك فلا تعتبر عقاراً بالتخصيص.

ومن قبيل العقارات بالتخصيص فى مجال الإستغلال الصناعى آلات المصانع سواء كانت تدار بالقوى المحركة أو باليد.

وفى مجال الاستغلال التجارى، مفروشات الفنادق وأدوات المطاعم، ومهمات المسارح من ستائر ومناظر ومقاعد.

كذلك تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات الموضوعة فى أماكن العبادة، وتلك الموضوعة فى المدارس والمستشفيات كالأسرة والعقاقير والأودية والمكاتب ... الخ.

٢٨٣- علة إعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص:

الحكمة من وضع المنقول فى العقار هو خدمة العقار واستغلاله، ولضمان ذلك افترض المشرع أن المنقول عقار، وأطلق عليه إسم العقار بالتخصيص حتى يخضع لأحكام العقار من حيث الحجز، فلا يجوز الحجز عليه حجز منقول مستقلاً عن العقار الذى خصص لخدمته أو إستغلاله، كما أن التنفيذ على العقار يشمله ولو لم يذكر ذلك فى تنبيه نزع الملكية، كذلك فان التصرف فى العقار بالطبيعة يشمل العقار بالتخصيص، فبيع الأرض الزراعية يشمل السواقى أو ماكينات الرى مثلا.

٢- المنقولات

٢٨٣- الأصل والإستثناء:

لم يعرف المشرع المنقول كما سبق أن ذكرنا، بل إكتفى بعد تعريف العقار بالقول أن كل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول (م ٨٢/١ مدنى). غير أنه بجانب الأشياء التى تعد منقولات بطبيعتها، تعتبر بعض العقارات على سبيل الإستثناء منقولات بحسب ما سيصير إليه أمرها، وتسمى منقولات بحسب المآل.

٢٨٤- المنقول بالطبيعة:

المنقول بالطبيعة (meuble par nature) هو كل شئ مادى يمكن

نقله من مكان إلى آخر دون تلف، كالحيوان، والعربة، والسفينة، والطائرة، والبضائع ومواد البناء قبل استعمالها فى التشييد.

كذلك يعتبر من قبيل المنقولات جميع الأشياء المعنوية، لأنه لا يتصور بالنسبة لها الإستقرار والثبات، من ذلك حق المؤلف.

٢٨٥- المنقول بحسب المآل:

المنقول بحسب المآل (meuble par anticipation) هو عقار بالطبيعة، ولكن القانون يعتبره منقولاً باعتبار ما سيؤول إليه، ومن الأمثلة على ذلك المبانى المعدة للهدم، والأشجار المعدة للقطع، والمحصولات والثمار الزراعية قبل نضجها.

والحكمة من هذا الإفتراض القانونى هو أن تسرى على هذه الأشياء أحكام المنقول لا أحكام العقار، فيما يتعلق بالتنفيذ والتصرف، بإعتبار أن مصيرها هو أن تصبح من المنقولات.

ولم يضع المشرع نظرية عامة فى شأن المنقول بحسب المآل، ولكنه فى بعض نصوص القانون عامل بعض العقارات معاملة المنقولات بإعتبار أنها معدة للإنفصال عن أصلها الثابت المستقر. من ذلك أن القانون المصرى واللبنانى ينصان على اتباع اجراءات حجز المنقول بالنسبة للثمار المتصلة والمزروعات القائمة، على أن يوقع هذا الحجز خلال الخمسة والأربعين يوماً السابقة على نضجها فى القانون المصرى، وخلال الستة أسابيع التى تتقدم موعد النضج فى القانون اللبنانى.

وقد إستخلص الفقه والقضاء من النصوص القانونية التى وردت فى شأن المنقول بحسب المآل، نظرية عامة قوامها أن بعض العقارات تعتبر

منقولات بحسب المآل إذا إتجهت ارادة المتعاقدين إلى ذلك، وكان المصير المحقق فى نظرهما للعقار بالطبيعة أن يتحول إلى منقول بالطبيعة.

المطلب الثاني

الأشياء القابلة وغير القابلة للإستهلاك

٢٨٦- أساس التفرقة:

الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى تستهلك بمجرد استعمالا، وقد عرفها المشرع المصرى فى المادة ١/٨٤ مدنى بقوله «الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له، فى إستهلاكها أو انفاقها».

والإستهلاك قد يكون ماديا كاستهلاك الطعام، وقد يكون قانونياً بخروج الشئ من ذمة صاحبه، كاستهلاك النقود، وقد أورد المشرع المصرى تطبيقا لهذا الاستهلاك القانونى فى الفقرة الثانية من المادة ٨٤ بقوله «فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر للبيع»، ومعنى ذلك أن ما يعد فى المحال التجارية للبيع كالكتب والملابس وغيرها، وان كان أصلاً من الأشياء غير القابلة للاستهلاك بمجرد الإستعمال، إلا أنه بعرضها للبيع تعتبر من الأشياء القابلة للاستهلاك قانونا أى حكما.

أما الأشياء غير القابلة للإستهلاك، فهى الأشياء المعدة بطبيعتها للاستعمال المتكرر، ولا ينزع عنها هذه الصفة نقص قيمتها أو هلاكها مع مرور الزمن، كالملابس والمفروشات والعقارات.

٢٨٧- فائدة التفرقة:

تظهر فائدة تقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للإستهلاك (Choses consomptibles) وأشياء غير قابلة للإستهلاك (Choses consomptibles) فى أن بعض الحقوق كحق الانتفاع، وحق

الاستعمال وحق السكنى، وحق الارتفاق، لا يتصور ورودها إلا على الأشياء غير القابلة للإستهلاك، لأن المنتفع مثلا ملزم برد الشئ بعينه إلى المالك عند انقضاء حق الانتفاع، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان الشئ غير قابل للإستهلاك.

كذلك تستبين فائدة هذا التقسيم فى أن بعض العقود لا يمكن أن ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك بمجرد الإستعمال، كالإيجار وعارية الإستعمال.

المطلب الثالث

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

٢٨٨- أساس التفرقة:

عرفت المادة ٨٥ مدنى الأشياء المثلية بقولها «الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن».

فالأشياء المثلية هى عادة المقدرات أى الموزونات كالقطن من نوع معين، أو المكيلات كالقمح من نوع معين، أو المقيسات كالقماش من نوع معين، أو المعدودات كقطع النقد أو الأوراق المصرفية التى من نوع واحد.

أما الأشياء القيمية فهى التى يقوم بها وصف خاص بحيث لا يمكن أن يحل غيرها محلها فى الوفاء كالعقارات من أراضى ومنازل، والحيوانات... الخ. ويعرف فقهاء الشرع الإسلامى الأشياء القيمية بأنها ما تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به.

والعبرة فى وصف الشئ بأنه شئ مثلى أو شئ قيمى، هو فى مكنه قيام شئ آخر من جنسه ونوعه ومقداره مقامه فى الوفاء بحسب قصد المتعاقدين، أم عدم امكان ذلك. فقد تتجه إرادة المتعاقدين إلى اعتبار شئ مثلى شيئا قيميا أو العكس، كما فى حالة إعارة كتاب للاطلاع عليه ورده بعينه، أو قيام شركة بتقسيم أرض زراعية أو أرض معدة للبناء إلى قطع متساوية متماثلة.

٢٨٩- أهمية التفرقة:

تظهرأهمية التفرقة بين الأشياء المثلية وتسمى كذلك بالأشياء المعينة بالنوع (Choses fongibles) والأشياء القيمية وتسمى أيضاً بالأشياء المعينة بالذات (Choses non fongibles) فيما يأتى:

أولا- إذا كان موضوع الالتزام شيئاً مثلياً جاز للمدين الوفاء بشئ مماثل لما إلتزم به، أما إذا كان قيميا فيتعين عليه الوفاء بنفس الشئ المتفق عليه.

ثانيا- لا يجوز للمدين بشئ مثلى أن يتحلل من إلتزامه بدعوى هلاك الشئ الذى كان يعتمد عليه فى الوفاء، لأن المثليات لا تهلك، وبالعكس يؤدى هلاك الشئ القيمى إلى استحالة التنفيذ وإنقضاء التزام المدين.

ثالثا- لا تقع المقاصة إلا بين النقود والمثليات المتحدة فى النوع والجودة (م ١/٣٦٢ مدنى و٣٢٩ موجبات).

رابعا- تنتقل ملكية المنقول القيمى بمجرد التعاقد، أما الشئ المثلى فلا تنتقل ملكيته إلا بالفرز، ويتم الفرز بالكيل أو المقاس أو العد أو الوزن، وذلك عادة وقت التسليم.

الباب الثالث

مصادر الحق وإثباته

٢٩٠- تقسيم:

سنتناول فى هذا الباب بيان المصادر التى يستند إليها الحق فى نشوئه، ثم نعرض فى كلمة موجزة لطرق إثبات الحق.

الفصل الاول

مصادر الحق

٢٩١- مصدر الحق:

رأينا ان الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص قبل آخر يحميها القانون. فالقانون هو مصدر جميع الحقوق. غير أن القانون يعتبر فى بعض الحالات مصدراً مباشراً للحق، وفى حالات أخرى، وهى الغالبة، مصدراً غير مباشر.

فالقانون مصدر مباشر للحق إذا تناوله بنص خاص (م١٩٨ مدنى)، كما فى الحق فى النفقة التى رتبها القانون على علاقة القرابة أو الزوجية.

والقانون يعتبر مصدراً غير مباشر للحق إذا كان يتطلب لنشوئه قيام واقعة معينة، فتكون هذه الواقعة هى المصدر المباشر للحق، كالبيع مثلاً، إذ يترتب عليه انتقال ملكية المبيع إلى المشترى. فيكون البيع هو المصدر المباشر لحق المشترى فى ملكية المبيع، ويكون القانون هو المصدر غير المباشر لهذا الحق.

ويطلق على الواقعة التى تعتبر مصدراً مباشراً للحق اسم الواقعة القانونية (fait juridique) وهى بهذا المعنى كل أمر يرتب القانون على حدوثه أثراً قانونيا.

والوقائع القانونية قد تكون طبيعية أى مردها فعل الطبيعة، وقد تكون اختيارية أى مردها فعل الإنسان.

والوقائع الإختيارية قد تكون عملاً مادياً (Acte matériel) وقد تكون عملاً أو تصرفاً قانونياً (Acte juridique) .

وسنتناول هذه الأنواع فيما يلى:

٢٩٢- الواقعة الطبيعية:

الواقعة الطبيعية هى كل حدث يرجع إلى فعل الطبيعة وحدها، بعيداً عن نشاط الإنسان. ومن الأمثلة على ذلك الميلاد، والوفاة، ومرور الزمن، والزلزال والفيضان ... الخ.

فبالميلاد تبدأ شخصية الإنسان وتثبت له الصلاحية لإكتساب الحقوق وتحمل الواجبات. وبالوفاة تنتهى هذه الشخصية وتجرى أحكام الميراث. وبمرور الزمن قد يكتسب الحق بالتقادم المكسب، وقد ينقضى الحق بالتقادم المسقط. والزلزال أو الفيضان قد يكون القوة القاهرة التى تعفى المدين من التزامه.

وهكذا قد تكون الواقعة الطبيعية سببا فى نشوء الحق أو فى انقضائه.

٢٩٣- الواقعة الإختيارية:

الواقعة الإختيارية هى التى يمكن ردها إلى نشاط الشخص، سواء

أكان نشاطا اراديا، أى مقصودا به ترتيب أثر قانونى معين، وهذا هو العمل أو التصرف القانونى، أم لم يكن مقصودا به ترتيب هذا الأثر، وهذا هو العمل المادى.

٢٩٤- العمل المادي:

العمل المادى هو الفعل الذى يصدر من الشخص ويرتب عليه القانون أثرا قانونيا، بصرف النظر عن ارادة صاحبه، أى سواء إتجهت هذه الإرادة إلى احداث هذا الأثر أم لا، ومن الأمثلة على ذلك ما يأتى:

أولا- الفعل الضار وهو قوام المسؤولية التقصيرية. وتقوم هذه المسؤولية على أركان ثلاثة هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ويترتب عليها التزام المسؤول بتعويض المضرور عن الضرر الذى أصابه، أى يترتب عليها نشوء حق للمضرور فى التعويض.

ثانيا- الإثراء بلا سبب ومن مقتضاه أن كل من أثرى على حساب غيره دون سبب قانونى، عليه أن يرد لمن افتقر من جراء هذا الاثراء قدر ما أثرى به، فى حدود ما لحق المفتقر من خسارة. ومن الأمثلة على ذلك قيام المستأجر بترميمات فى العين المؤجرة واجبة على المؤجر، فيكون له حق الرجوع على هذا الأخير ليعوضه عن ذلك.

ومن أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب، دفع غير المستحق والفضالة.

ودفع غير المستحق هو قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه، فيكون على الموفى له رد ما أخذه، لأن فى احتفاظه به إثراء بلا سبب على حساب غيره.

والفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد، ودون أن يكون ملزماً

بذلك، شأنا عاجلاً لحساب شخص آخر، كاطفاء حريق شب فى منزل الغير، أو جنى محصول يخشى عليه من التلف، أو نقاوة زراعة من آفة أصابتها ... الخ.

٢٩٥- العمل القانوني:

العمل القانونى أو التصرف القانونى هو إرادة تتجه إلى احداث أثر قانونى. وقد يتم التصرف القانونى بارادتين وهذا هو العقد كالبيع والايجار والهبة...الخ، وقد يتم بارادة واحدة كالوصية والوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور. وسنقتصر فى القسم الثالث من هذا المؤلف على دراسة العقد بإعتباره أهم مصادر الحق (أى الإلتزام).

الفصل الثاني
إثبات الحق

٢٩٦- المبادئ التي تحكم الإثبات:

الإثبات هو اقامة الدليل أمام القضاء على مصدر الحق الذى يدعيه الشخص. وللاثبات أهمية عملية بالغة الأهمية، لأنه لا قيمة للحق إذا لم يتمكن صاحبه من إقامة الدليل على وجوده.

والقاعدة العامة فى شأن الاثبات هى أن الإثبات على المدعى. ولا يقصد بالمدعى رافع الدعوى، بل يقصد به كل من يدعى أمراً على خلاف الظاهر، سواء كان هو رافع الدعوى أو من رفعت عليه الدعوى.

فإذا إدعى شخص مديونية آخر له بمبلغ من المال، فهو يدعى خلاف الظاهر، وهو براءة الذمة، ويكون عليه إثبات مصدر هذا الدين، فإن فعل وأثبت وجود عقد القرض الذى هو مصدر الدين مثلاً، انتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر، فإن إدعى انقضاء الدين بالوفاء كان عليه اثبات هذا الإدعاء.

ولكن يلاحظ أن المشرع قد يتدخل لتغيير هذه القاعدة، بأن يقبل الشخص من عبء الإثبات، أو ينقل هذا العبء إلى الطرف الآخر عن طريق ما يسمى بالقرينة القانونية.

٢٩٧- طرق الإثبات:

طرق الإثبات التى حددها القانون تتمثل فى: ١- الكتابة. ٢- الشهادة. ٣- القرائن. ٤- الاقرار. ٥- اليمين.

٢٩٨- الإثبات بالكتابة:

يعتبر الإثبات بالكتابة أهم طرق الإثبات. والإثبات بالكتابة على نوعين: كتابة رسمية، وكتابة عرفية.

والكتابة الرسمية هى الورقة الرسمية التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه.

والكتابة العرفية هى الورقة التى تصدر من الشخص دون أن يتدخل موظف عام فى تحريرها.

والقاعدة العامة أنه إذا زادت قيمة التصرف القانونى على خمسمائة جنيها فى القانون المصرى أو على ٤٠٠٠٠ ليرة فى القانون اللبنانى، أو كان غير محدد القيمة، فيتعين الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها كالاقرار مثلا.

غير أنه إستثناء من هذه القاعدة يجوز فى المسائل التجارية الإثبات بكافة طرق الإثبات، بما فيها شهادة الشهود، أياً كان قيمة التصرف.

٢٩٩- الإثبات بشهادة الشهود:

الاثبات بشهادة الشهود أى بالبينة جائز بالنسبة للوقائع الطبيعية والأعمال المادية دون أى قيد. أما بالنسبة للاعمال أو التصرفات القانونية، فيخضع الاثبات بالبينة لقيدين هما:

الأول- مع استثناء الأعمال التجارية، لا يجوز الاثبات بالبينة الا اذا كانت قيمة التصرف القانونى لا تزيد عن القيمة السابق ذكرها، أى لا تزيد على خمسمائة جنيها فى مصر أو على ٤٠٠٠٠ ليرة فى لبنان.

الثاني- هو عدم جواز الإثبات بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابى.

٣٠٠- القرائن:

القرينة هو ما يستنبطه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول. والقرينة على هذا النحو على نوعين: قرينة قانونية، وقرينة قضائية.

والقرينة القانونية هي بدورها على نوعين: قرينة بسيطة وقرينة قاطعة.

والقرينة البسيطة هى التى يجوز اثبات عكس دلالتها، من ذلك أن المادة ٥٨٧ مدنى تقضى بأن «الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك».

فهذه القرينة تقيل المستأجر من إثبات الوفاء بالأقساط السابقة على القسط الأخير الذى قدم الإيصال به، غير انها قرينة بسيطة يجوز للمؤجر إثبات عكسها.

والقرينة القاطعة هى التى لا يجوز إثبات ما يخالفها، من ذلك القرينة التى يضعها القانون فى شأن مسؤولية حارس الحيوان. فإذا أصيب شخص بضرر من حيوان فأن بعض من اثبات خطأ إفلاس، لأن القانون يفترض وقوع هذا الخطأ، إفتراضاً لا يقبل العكس (م١٧٦ مدنى).

أما القرينة القضائية فتخضع للقيود التى ترد على حرية الإثبات بالبينة، ويجوز دائما اثبات عكسها.

٣٠١- الإقرار:

الإقرار هو الإعتراف بواقعة يدعيها شخص آخر. والإعتراف قد يصدر أمام جهة قضائية وهذا هو الإقرار القضائى، وقد يقع خارج القضاء وهذا هو الإقرار غير القضائى.

٣٠٢- اليمين:

عندما يعجز الشخص عن إقامة الدليل على دعواه، فيجوز له أنّ يوجه اليمين إلى الخصم، فان حلف هذا الأخير خسر من وجه اليمين دعواه، وان نكل أى إمتنع عن الحلف، ثبت حق من وجه اليمين، وهذه هى اليمين الحاسمة.

غير أنه بجانب هذه اليمين الحاسمة يوجد ما يسمى باليمين المتممة وهى التى يوجهها القاضى من تلقاء نفسه لأحد الخصوم لإستكمال إقتناعه، وهى على عكس اليمين الحاسمة لا تحسم النزاع لأن القاضى غير مقيد بنتيجتها.

القسم الثالث

مبادئ نظرية الإلتزام

مقدمة

٣٠٢- التعريف بالإلتزام:

الإلتزام رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين بالقيام بأداء معين، هذا الأداء قد يكون إعطاء شئ أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل. والإلتزام هو الجانب السلبى للحق، أى أننا إذا نظرنا إلى هذه الرابطة القانونية من ناحية الدائن أطلقنا عليه إسم الحق، وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين أطلقنا عليها أسم الالتزام.

وقد تواضع رجال الفقه على دراسته بوصفه إلتزاماً لا بوصفه حقاً، فيقال نظرية الإلتزام لا نظرية الحق الشخصى. والعلة فى ذلك أن الناحية الغالبة فيه هى الناحية السلبية أى الإلتزام، ولا أدل على ذلك من إمكان وجود الالتزام دون وجود دائن معين وقت نشوئه، وجود الالتزام مع إمتناع المطالبة به على الدائن. ومثال الفرض الأول من يؤمن على حياته

لمصلحة أولاده وليس له ولد وقت انعقاد العقد، ومثال الفرض الثانى الإلتزام الطبيعى وفيه لا يستطيع الدائن اجبار المدين على الوفاء.

٣٠٤- مصادر الإلتزام:

مصدر الإلتزام هى الواقعة القانونية التى أنشأت الإلتزام. ويمكن تقسيم مصادر الإلتزام إلى خمسة مصادر هى: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون.

ويطلق على العقد والإرادة المنفردة أسم المصادر الإرادية للإلتزام، وهذا هو العمل أو التصرف القانونى.

ويطلق على العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب إسم المصادر غير الإرادية للإلتزام، وهذا العمل المادى. ويضاف اليها الوقائع الطبيعية التى يرتب عليها القانون أثرا قانونيا[١].

٣٠٥- تقسيم:

سنكتفى فى دراستنا لمبادئ نظرية الالتزام بتناول العقد بإعتباره أهم المصادر الإرادية للإلتزام، كما سنكتفى كذلك بعد دراسة العقد بعرض بعض أحكام الالتزام، كل هذا فى نطاق ما يحتاجه طالب كلية التجارة، مع توخى بطبيعة الحال الإيجاز فى العرض والتبسيط فى الشرح، حتى يسهل على هذا الطالب تفهم المبادئ القانونية اللازمة لدراسة القانون التجارى، وهو بيت القصيد من الدراسة القانونية فى كلية التجارة.

---

(١) راجع ما سبق ذكره فى شأن مصادر الحق بند ٢٢٠ وما بعده.

الباب الأول
العقد
تمهيد

٣٠٦- التعريف بالعقد:

العقد إتفاق إرادتين على ترتيب أثر قانونى بإنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو زواله.

ويتحدد مجال العقد بالإتفاقات المنشئة للإلتزام بين أشخاص القانون الخاص، فتخرج من مجاله الإتفاقات المتعلقة بفروع القانون العام كالمعاهدة وهى اتفاق بين دولة ودولة أخرى وتحكمها قواعد القانون الدولى العام، والنيابة وهى إتفاق بين النائب وناخبيه وتحكمها قواعد القانون الدستورى، والوظيفة وهى إتفاق بين الحكومة والموظف وتحكمها قواعد القانون الإدارى.

غير أنه حتى فى مجال القانون الخاص تقتصر منطقة العقد على الاتفاقات المتعلقة بالذمة المالية، فتستبعد الإتفاقات المتعلقة بروابط الأحوال الشخصية كالزواج، لأن الزواج ولو أنه اتفاق بين الزوجين، إلا أن القانون وحده هو الذى يحدد آثاره، ولذا لا يعتبر عقداً بالمعنى الصحيح.

٣٠٧- تقسيمات العقود:

يمكن تقسيم العقود إلى أقسام متعددة وفقاً للخصيصة التى تتناول منها العقد، فيمكن تقسيمها من حيث شروط تكوين أثر العقد إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، ومن حيث أثر العقد إلى عقود محددة وعقود إحتمالية، ومن حيث نفاذ العقد إلى عقود فورية وعقود مستمرة، ومن حيث تفسير العقد إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وكذلك إلى عقود بسيطة وعقود مختلطة.

٣٠٨- العقود الرضائية والشكلية والعينية:

العقد الرضائى (contrat consensuel) هو ما يكفى التراضى لإنعقاده، والقاعدة فى القانون الحديث هى رضائية العقود، ومثال ذلك البيع، فهو ينعقد باتفاق إرادتى البائع والمشترى دون حاجة إلى أى إجراء آخر.

أما العقد الشكلى (contrat solennel) فهو ما لا يكفى التراضى لإنعقاده، بل يجب بجانب التراضى إتباع شكل معين كتحرير العقد بواسطة موظف مختص يسمى بالموثق، كما هو الحال فى هبة العقار (م٤٨٨ مدنى و٥١٠ موجبات).

أما العقد العينى (contrat réel) فهو ما لا يكفى التراضى كذلك لانعقاده، بل يجب إلى جانب ذلك تسليم العين محل العقد، من ذلك هبة المنقول، فقد أجاز القانون المصرى أن تتم فى محرر رسمى أو بالقبض (م٤٨٨/٢ مدنى و ٥٠٩ موجبات).

٣٠٩- العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين:

العقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو الذى يلتزم

فيه أحد الطرفين دون الطرف الآخر، أي يكون بمقتضاه أحد الطرفين مدينا فقط والآخر دائنا فقط، كعقد القرض.

أما العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلى (contrat synallagmatique ou bilatéral) فهو الذى يرتب التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين، أى يعتبر كل متعاقد بموجبه دائناً ومديناً فى آن واحد، كالبيع والاجارة وغيرهما. فالبائع مثلا يعتبر دائناً بالثمن ومديناً بتسليم المبيع، والمشترى دائنا بتسليم المبيع ومدينا بالثمن.

وأهمية هذا التقسيم تتمثل فى الأمور الآتية:

١- فى العقود الملزمة للجانبين إذا إمتنع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه كان للطرف الآخر الذى نفذ إلتزامه أما المطالبة بالتنفيذ، وأما المطالبة بالفسخ أى بمحو العقد وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، ولذا يقال أن العقد الملزم للجانبين يتضمن دائماً شرطاً فاسخاً ضمنياً.

٢- فى العقود الملزمة للجانبين، إذا طالب أحد المتعاقدين المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، ولم يكن هو نفسه قد نفذ إلتزامه أو أبدى إستعداده لتنفيذه كان للمتعاقد الآخر أن يدفع هذا الطلب بما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ، ومعناه أن لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما تعهد به.

٣- فى العقود الملزمة للجانبين إذا إستحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن ارادته سقط التزامه، وسقط معه إلتزام المتعاقد الآخر، وبذا ينفسخ العقد بقوة القانون. ففى البيع إذا هلكت العين المبيعة تحت يد البائع بقوة قاهرة قبل التسليم، انقضى إلتزامه،

وانقضى تبعاً له إلتزام المشترى بدفع الثمن، وبذا يتحمل البائع وهو المدين بالتسليم تبعة إستحالة التنفيذ.

أما فى العقود الملزمة لجانب واحد فيكون تحمل التبعة على الدائن، فمثلاً إذا إستحال على المودع عنده رد الوديعة لهلاكها بقوة قاهرة، إنقضى التزامه بالرد، وتحمل المودع وهو الدائن تبعة هذه الاستحالة.

٣١٠- عقود المعاوضة وعقود التبرع:

عقد المعاوضة (Contrat àrtitre gratuit) هو الذى يتلقى فيه كل من المتعاقدين عوضاً لما أعطاه كالبيع والاجارة. ففى البيع مثلا يقدم البائع المبيع مقابل الثمن، ويقدم المشترى الثمن مقابل المبيع.

أما عقد التبرع (Contrat à titregratuit) فهو الذى لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضا لما أعطاه كالهبة والعارية والقرض بدون فائدة.

٣١١- العقود المحددة والعقود الاحتمالية:

العقد المحدد (Contrat commutatif) هو الذى يتحدد فيه وقت انعقاد العقد مقدار الأداء الذى يبذله كل من المتعاقدين، ولو انتفى التعادل بين الأدائين، كبيع شئ معين بثمن معين.

أما العقد الإحتمالى (contrat a leatoire) فهو العقد الذى لا يتحدد فيه وقت للتعاقد مقدار الأداء الذى يبذله أو يأخذه كل متعاقد، لوجود عنصر إحتمالى فيه كعقد التأمين وعقد اليانصيب.

وأهمية هذا التقسيم تستبين فى أن الغبن لا يؤثر كمبدأ عام فى العقود الإحتمالية.

٣١٢- العقود الفورية والعقود الممتدة:

العقد الفورى (Contrat instantané) هو الذى يتم تنفيذه دفعه واحدة كما هو الشأن فى البيع عادة، اذ بمجرد تمام العقد يقوم البائع بتسليم المبيع والمشترى بدفع الثمن. وقد يتراخى تنفيذ عقد البيع إلى أجل، ولكن تأجيل تنفيذه لا يؤثر على مقدار الثمن أو على مقدار المبيع.

أما العقد الممتد (Contrat successif) فهو الذى ينفذ فيه الإلتزام بأداءات مستمرة كعقد الايجار، أو بأداءات دورية كعقد التوريد. والعقد الممتد يعتبر الزمن فيه عنصراً جوهرياً بحيث يتوقف على هذا العنصر تحديد مقدار محل الالتزام، فالإيجار مثلا يرد على منفعة الشئ، ومقدار المنفعة يقدر بزمن الإنتفاع، كما يقدر به مقدار الأجرة، لأن الأجرة تقابل الإنتفاع.

وتظهر أهمية هذا التقسيم أنه إذا فسخ العقد الفورى إنسحب أثر الفسخ إلى الماضى، فاذا فسخ البيع مثلا، استرد البائع المبيع وإسترد المشترى الثمن أو الجزء من الثمن الذى كان قد دفعه. أما فسخ العقد الممتد فلا ينسحب أثره إلى الماضى، فإذا فسخ عقد الايجار مثلاً فلا يسترد المستأجر الأجرة التى دفعها عن الفترة السابقة على وقوع الفسخ، لأنها تقابل المنفعة، والمنفعة لا يمكن ردها.

٣١٣- العقود المسماة والعقود غير المسماة:

العقد المسمى هو العقد الذى خصه المشرع بإسم معين وفصل أحكامه لعظم شيوعه بين الناس، كالبيع والاجارة والهبة.

أما العقود غير المسماة فهى التى لم تحظ من المشرع بتنظيم أو بإسم معينين لقلة شيوعها بين الناس. كاتفاق مستشفى مع كلية طب على وضع

عدة أسرة تحت تصرف الكلية للتعليم والبحث الطبى. والعقود غير المسماه لا حصر لها، لأن الإرادة حرة تستطيع انشاء ما تريد من العقود فى حدود النظام العام والآداب.

وأهمية هذا التقسيم أنه اذا سكت المتعاقدان عن ذكر بعض أحكام عقد من العقود المسماة (contrats nommés) يرجع فى تكملة هذا النقص إلى الأحكام الخاصة التى أوردها المشرع فى شأنه، أما إذا كان العقد من العقود غير المسماة (contrats innommés) فيرجع بالنسبة له إلى القواعد العامة فى الالتزام.

٣١٤- العقود البسيطة والعقود المختلطة:

العقد البسيط (contrat simple) هو الذى يتناول نوعاً واحداً من العقود كالبيع أو الإيجار.

أما العقد المختلط (Contrat mixte) فهو الذى يجمع بين عدة عقود متعاصرة امتزج بعضها بالبعض الآخر، وعادة يكون من العقود غير المسماة، مثال ذلك العقد بين صاحب الفندق والنزيل، فهو مجموع يشمل عقد ايجار بالنسبة إلى الغرفة، وعقد عمل بالنسبة إلى الخدمة، وعقد بيع بالنسبة إلى طعام، وعقد وديعة بالنسبة للأمتعة.

وأهمية هذا التقسيم أن العقد المختلط تطبق عليه فيما يتعلق بتفسيره أحكام العقود المختلفة التى امتزجت فيه، ولكن إذا تناقضت هذه الأحكام فيجب ترجيح أحد العقود بإعتباره العقد الرئيسى وتطبيق أحكام هذا العقد دون سواه، وهو ما فعله القضاء المصرى بالنسبة لعقد الهاتف وهو يدور بين عقد العمل وعقد الايجار، فغلب فيه عنصر العمل.

٣١٥- منهج البحث:

سنتبع فى دراستنا لنظرية العقد الترتيب الآتى:

أولا- إنعقاد العقد.

ثانيا- نطاق العقد وآثاره.

ثالثا- تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية.

الفصـل الأول
إنعقاد العقد

٣١٦- أركان العقد:

أركان العقد هى التراضى والمحل والسبب، وسنضيف إليها فى دراستنا الجزاء المترتب على الإخلال بأى ركن من هذه الأركان.

الفرع الأول
التراضي

٣١٧- بيان الموضوعات:

يتصل بموضوع التراضى البحث فى: طرفى العقد، ووجود التراضى، وصحته.

المبحث الأول
طرفا العقد

٣١٨- الأهلية والنيابة في التعاقد:

الأصل أن الرضـاء الذى يتم به إنعـقـاد العـقـد يجب أن يصـدر من المتعاقدين، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة اذ قد يتم العقد عن طريق

النيابة، فيكون الرضا صادراً من النائب وليس من الأصيل، كما أن الرضاء لا يكون معتبرا إلا إذا صدر من شخص متمتع بالأهلية.

المطلب الأول

الأهلية

٣١٩- أهلية الوجوب وأهلية الأداء:

ينصرف إصطلاح الأهلية تارة إلى ما يسمى بأهلية الوجوب، وتارة إلى ما يسمى بأهلية الأداء، وان كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو انعدامها أو نقصها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب، لأنه إذا إنعدمت أهلية الوجوب فلا يتصور البحث فى أهلية الأداء.

وأهلية الوجوب هى صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التى يقررها القانون، وهى على هذا النحو تتصل بالشخصية لا بالارادة.

أما أهلية الأداء فهى صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالاً من شأنه ترتيب الأثر القانونى الذى ينشده، وهذه الأهلية قد تكون كاملة أو ناقصة أو معدومة. فإذا كانت كاملة صح التصرف الذى يجريه الشخص، وإن كانت ناقصة كان التصرف قابلاً للإبطال، واذا كانت معدومة كان التصرف باطلاً بطلانا مطلقا، وقد سبق لنا دراسة موضوع الأهلية(١).

المطلب الثاني

النيابة في التعاقد

٣٢٠- التعريف بالنيابة:

النيـــابة (Représentation) هى حلول ارادة النـائب مـــحل ارادة

(١) راجع بند ١٦٦ وما بعده.

الأصيل فى إبرام تصرف قانونى مع اضافة آثاره إلى شخص الأصيل، كما لو تعاقد شخص بطريق النيابة عن شخص آخر فى بيع عقار مملوك له، فان العقد ينعقد بإرادة النائب وارادة المشترى، أما آثار البيع فيضاف ما تعلق منها بحقوق وإلتزامات البائع إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب الذى حل محله فى اتمام العقد.

وسنبحث فيما يتعلق بالنيابة: أولا فى شروط وجود النيابة، وثانيا فى أحكام النيابة.

١- شروط وجود النيابة

٣٢١- بيان الشروط:

لكى يتحقق وجود النيابة لابد من توافر شروط معينة وهى: أولاً– إحلال ارادة النائب محل إرادة الأصيل. ثانيا– العلم بالنيابة. ثالثا–إلتزام النائب حدود النيابة.

٣٢٢- الشرط الأول- احلال ارادة النائب محل ارادة الأصيل:

ينعقد التصرف الذى يتم بطريق النيابة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل، وفى هذا يفترق النائب عن الرسول الذى يعتبر حاملاً فقط لرضاء المتعاقد، شأنه فى ذلك شأن الخطاب، ولذا يعتبر التعاقد برسول تعاقدا بين غائبين فيما يتعلق بمكان وزمان انعقاد العقد، على حين أن التعاقد بطريق النيابة يعتبر تعاقدا بين حاضرين إذا ضم النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد، لأن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل.

كذلك يترتب على إنعقاد العقد بارادة النائب وليس بارادة الأصيل،

أنه ينظر فيما يتعلق بحسن وسوء النية، وفيما يتعلق بعيوب الارادة، إلى شخص النائب وليس إلى شخص الأصيل (م١٠٤ مدنى).

٣٢٣- الشرط الثاني - العلم بالنيابة:

يشترط لكى تضاف آثار التصرف الذى يعقده النائب مع الغير إلى شخص الأصيل، أن تتجه ارادتيهما إلى ذلك، وهذا يفترض أن يكون العلم بالنيابة مشتركا بينهما وقت انعقاد التصرف موضوعها.

والعلم بوجود النيابة قد يكون حقيقياً أو حكمياً. كما لو أعلن النائب عند التعاقد أنه يتعمل بإسم الأصيل، حكميا إذا كانت الظروف تفترض حتما علم الغير بوجود النيابة بالرغم من سكوت النائب عن إعلان ذلك، كمن يدخل محلا تجاريا لشراء شئ منه، فيفترض فيه العلم بأن العامل أو الموظف الذى يتولى البيع ليس إلا نائباً عن صاحب المحل.

٣٢٤- الشرط الثالث - التزام النائب حدود النيابة:

لكى تضاف آثار النيابة أى آثار التصرف الذى يعقد بطريق النيابة إلى الأصيل، يشترط ألا يخرج النائب عن حدود النيابة. والنيابة قد تقيد من حيث الأشخاص، أو من حيث الموضوع.

فمن حيث الأشخاص، قد تكون النيابة عامة تتصرف إلى الغير كافة، وقد تتحدد بشخص معين لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع غيره.

ومع ذلك فانه حتى بالنسبة للنيابة العامة يوجد قيد ضمنى هو عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه، بأن يكون غائبا عن غيره وأصيلا عن نفسه فى العقد، أو أن يكون نائبا عن طرفى العقد معا، إلا إذا وافق الأصيل على ذلك. والعلة فى هذا القيد هو الصعوبة التى يستشعرها النائب فى مثل هذه الحالة فى التوفيق بين المصالح المتضاربة.

ومن حيث الموضوع قد تتناول النيابة جميع التصرفات بصفة عامة، أو نوعا معينا منها أو تصرفا معينا بالذات لا يستطيع النائب إجراء غيره.

هذا ويلاحظ أن النيابة الواردة فى ألفاظ عامة لا تنصرف إلا لأعمال الادارة فقط (م٧٠١ مدنى و ٧٧٨ موجبات).

٢- أحكام النيابة

٣٢٥- الآثار التي تترتب علي التعاقد بطريق النيابة:

يترتب على التعاقد بطريق النيابة آثار معينة بالنسبة للأصل، وبالنسبة للنائب، وبالنسبة للغير الذى تعاقد مع النائب.

فبالنسبة للأصيل تضاف اليه آثار التصرف سواء أكانت حقوقا أم التزاما، ولذا ينظر إلى شخص الأصيل وليس إلى شخص النائب لتقدير الصلاحية لإكتساب الحق، ولتحديد صفة الإلتزام الذى ينشأ عنه فيما إذا كان التزاما مدنيا أم تجارياً.

وبالنسبة للنائب، فانه يعتبر أجنبيا عن التصرف موضوع النيابة بالرغم من أن هذا التصرف قد تم بارادته، لأن ما يرتبه هذا التصرف من آثار يضاف مباشرة إلى الأصيل.

وبالنسبة للغير فانه يرتبط بموجب التصرف موضوع النيابة بالأصيل مباشرة، فيكتسب قبل الأصيل كافة الحقوق التى يرتبها له هذا التصرف، ويلتزم قبله بكافة الالتزامات التى يولدها فى ذمته هذا التصرف.

المبحث الثاني
وجود التراضي

٣٢٦- معني التراضي:

التراضى هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتى طرفى

العقد. وعادة يتعاقب التعبير عن هاتين الارادتين المتطابقتين، فيصدر الايجاب أولا ثم يتبعه قبول مطابق له.

٣٢٧- التعبير عن الارادة:

القاعدة العامة فيما يتعلق بانعقاد العقد هى الرضائية إلا إذا تطلب القانون أوضاعاً معينة بجانب التراضى لتمام العقد، كما هو الشأن فى العقود الشكلية والعقود العينية.

ولا يخضع التعبير عن الإرادة فى العقود الرضائية لشكل خارجى معين، ولذا يصح أن يكون صريحاً أو ضمنياً، معلناً بالقول أى بالألفاظ، مباشرة أو بواسطة الهاتف أو بواسطة شريط مسجل، أو بالكتابة فى أشكالها المتعددة من كتابة بخط اليد أو بآلة كاتبة أو بآلة طابعة أصلا كان أو صورة، موقعا عليها أو غير موقع، أو بخطاب أو نشرة أو إعلان، أو سند عرفى أو سند رسمى، أو بالاشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا يدع شكا فى دلالته على المقصود منه كالجلوس فى عربة نقل، إذ به ينعقد النقل.

على أن هذه الحرية التى للمتعاقدين فى التعبير عن إرادتيهما يحد منها ما يتطلبه القانون فى شأن اثبات العقد، ولذا يلجأ المتعاقدان عادة إلى الكتابة كوسيلة لاثبات العقد.

٣٢٨- التعبير الصريح والتعبير الضمنى:

الأصل أن التعبير الضمنى كالتعبير الصريح فى قوته، غير أنه فى بعض الأحيان يجب أن يكون التعبير صريحاً، إما لأن القانون يتطلب ذلك ومثاله أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه إلا إذا ذكر فيها صراحة انه استوفى الدين، وإما لأن المتعاقدين قد إتفقا على

هذا، كما لو اتفق المؤجر مع المستأجر على عدم جواز التنازل عن الإيجار أو تأجير العين من الباطن الا برضاء المؤجر كتابة.

٣٢٩- التعبير عن الايجاب:

يتخذ التعبير عن الإيجاب عادة مظهراً صريحاً سواء كان ذلك بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود، كعرض التاجر بضاعته فى واجهة المحل التجارى أو فى داخله مع وضع بطاقات ببيان أثمانها عليها.

كذلك قد يكون الايجاب ضمنيا، كالايجاب الصادر من المستأجر الذى انتهت مدة اجارته والمستفاد من بقائه فى العين المؤجرة.

هذا ولا يشترط فى الإيجاب أن يكون موجها إلى شخص معين بالذات، بل يصح بالايجاب ولو كان موجها لشخص غير معين كالايجاب الموجه إلى الجمهور عن طريق النشرات أو الإعلانات فى الصحف أو عن طريق عرض البضائع فى واجهات المحلات التجارية.

٣٣٠- التعبير عن القبول:

قد يكون التعبير عن القبول كالتعبير عن الإيجاب صريحاً أو ضمنياً، والتعبير الضمنى يصادف عادة في القبول عنه فى الايجاب، من ذلك عدم إعتراض المؤجر على بقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد إنتهاء مدة الإيجار، اذ يعتبر ذلك قبولاً ضمنياً من المؤجر للإيجاب الضمنى الصادر من المستأجر فى شأن تجديد عقد الإيجار.

٣٣١- هل يعتبر السكوت قبولا؟

يتعين قبل الكلام فى السكوت التفرقة بينه وبين التعبير الضمنى، لأن التعبير الضمنى وضع إيجابى يستفاد من بعض الوقائع، أما السكوت

فوضع سلبى، ولما كانت الإرادة عملاً إيجابيا فلا يتصور كقاعدة عامة أن يكون السكوت تعبيرا عنها.

والسكوت لا يتضمن على وجه الإطلاق إيجاباً لأنه عدم، والعدم لا ينبئ بشئ، وهو كذلك لا يعتبر قبولاً إلا إذا كان ملابساً.

والسكوت يعتبر ملابساً فى حالات معينة أشارت اليها المادة ٩٨ مدنى، من ذلك إذا تمخض الإيجاب عن منفعة من وجه إليه، فيعتبر السكوت قبولا، كعارية استعمال تعرض على المستعير فيسكت، أو إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، كتاجر إعتاد إرسال بضاعة إلى عميل له دون أن ينتظر رداً، فيعتبر سكوت العميل قبولاً، أو اذا كان العرف التجارى يقضى بإعتبار السكوت دليلا على الرضا، ومما جرى به العرف التجارى مثلا أن يرسل المصرف إلى العميل بياناً بحسابه، ويذكر أن عدم الإعتراض على هذا البيان فى مدة معينة يعتبر إقراراً له.

٣٣٢- القبول في عقود المزاد:

الذى يعنينا فى عقود المزاد هو تحديد متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول، وقد أجابت على ذلك المادة ٩٩ مدنى، ووفقا لها يكون مجرد إفتتاح المزايدة على الثمن دعوة للتقدم بالعطاءات، والتقدم بالعطاء هو الإيجاب، أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد.

٣٣- القبول في عقود الاذعان:

إذا كان الوضع العادى فى العقود أن تسبقه مفاوضات يتناقش فيها الطرفان فى شروط العقد وأحكامه، الا أنه قد يحدث، وهذا كثير الوقوع الآن، أن أحد الطرفين يكون من القوة من الناحية الإقتصادية بحيث

يفرض إرادته على الطرف الآخر، فيعرض عليه شروطاً يتعين عليه قبولها أو رفضها دون مناقشة، بحيث يكون القبول فى مثل هذه الحالات أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة، ويطلق على العقود التى من هذا النوع اسم عقود الإذعان (Contrat d'adhésion).

ويعتبر العقد من عقود الإذعان اذا توافرت فيه الخصائص الآتية وهى:

١- أن يتعلق العقد بسلع أو مرفق يعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

٢- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق إحتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها الا لمنافسة محدودة النطاق.

٣- أن يكون الايجاب موجهاً إلى الجمهور كافة بشروط متماثلة ولمدة غير محدودة وأهمية التفرقة بين عقد الاذعان وبين غيره من العقود، أنه اذا كانت القاعدة أن الشك يفسر فى مصلحة المدين، عند غموض عبارة العقد، الا أنه فى عقود الاذعان الشك لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا (م١٥١ مدنى).

٣٣٤- تبادل التعبير عن الارادة:

يفترض العقد صدور إيجاب يتبعه قبول، وإذا كان القبول مطابقاً للإيجاب انعقد العقد، أما إذا كان معدلاً له بالزيادة أو النقصان، فيعتبر رفضاً للإيجاب، وإيجاباً جديداً يستلزم قبولاً من الطرف الآخر (م ٩٦ مدنى).

والتعبير عن الإرادة إيجاباً أو قبولاً، تسبقه مفاوضات بين المتعاقدين يمر فيها التعاقد بمراحل مختلفة، من ذ لك مرحلة الوعد بالتعاقد، والتعاقد بالعربون.

٣٣٥- الوعد بالتعاقد:

الوعد بالتعاقد، كالوعد بالبيع مثلا، عقد يلتزم بمقتضاه الواعد ببيع شئ إذا أظهر الموعود له رغبته فى الشراء فى مدة معينة. وكثيراً ما يلجأ إلى هذا العقد فى الحياة العملية، من ذلك أن شركات البناء العقارية، رغبة منها فى تيسير تأجير مبانيها، تضمن عقود الإيجار الصادرة منها وعداً ببيع العين إلى المستأجر، كذلك تلجأ الشركات الصناعية لضمان التوسع فى اعمالها فى المستقبل إلى الحصول من ملاك الأراضى المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها لها إذا أبدت رغبتها فى الشراء فى مدة معينة.

ولكى ينعقد عقد الوعد لابد من توافر شروط معينة هى:

أولا- الإتفاق على المسائل الجوهرية للعقد موضوع الوعد، فإذا كان بيعا، فيجب الاتفاق فى عقد الوعد على البيع والثمن، وإذا كان إيجاراً فيجب الاتفاق فيه على العين المؤجرة والأجرة ومدة الإيجار.

ثانيا - المدة، إذ يجب أن يحدد فى عقد الوعد مدة يظهر الموعود له رغبته فيها، وإلا إمتنع انعقاد الوعد. وهذه المدة قد يتفق عليها صراحة أو ضمنا، ويلتزم الواعد بالبقاء على وعده طوال هذه المدة، فإذا إنقضت دون أن يعلن الموعود له رغبته فى إستيفاء الوعد، إنقضى إلتزام الواعد ١٠١/١ مدنى)(١).

ثالثا- الشكل، ذلك أنه إذا كان الأصل فى عقد الوعد أن يكون رضائياً، إلا أنه اذا كان العقد موضوع الوعد من العقود الشكلية كالهبة

(١) لم يتطلب القانون اللبنانى توافرشرط المدة الا بالنسبة الى الوعد ببيع العقار (م٢٢٠ من قانون الملكية العقارية).

والرهن الرسمى، فيتعين أن يتوافر فى عقد الوعد الشكل اللازم توافره فى العقد موضوع الوعد وامتنع مطالبة الواعد بتنفيذه (م١٠١/٢مدنى).

وإذا أبدى الموعود له رغبته فى إستيفاء الوعد قبل انقضاء المدة، إنعقد العقد موضوع الوعد، ويعتبر منعقداً من وقت ابداء هذه الرغبة، لا من وقت قيام الوعد.

٣٣٦- التعاقد بالعربون:

العربون (Les arrhes) مبلغ من النقود (أو منقول من نوع آخر) يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد.

والغرض من دفع العربون إما الدلالة على أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عن الصفقة ونقض العقد، وإما الدلالة على أن العقد قد تم نهائياً وأن القصد من دفع العربون هو ضمان تنفيذه. ويرجع إلى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد الغرض من دفع العربون، فإذا كانت هذه النية غير واضحة إعتبر دفع العربون دليلاً على ثبوت خيار العدول (م١٠٣/١مدنى). وإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبض العربون رد ضعفه، ولو لم يترتب على العدول أى ضرر (م١٠٣/٢مدنى).

٣٣٧- التعاقد بين غائبين:

قد لا يضم المتعاقدين مجلس واحد فتمضى فترة من الوقت بين صدور القبول وعلم الموجب به، كما فى العقود التى تتم بالمراسلة أى بالبريد أو البرق أو بواسطة رسول. وفى هذه الحالة يشكل الأمر فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، هل انعقد فى الوقت والمكان

اللذين صدر فيهما القبول، أم فى الوقت والمكان اللذين علم فيهما الموجب بالقبول.

أخذ القانون اللبنانى فى هذا الموضوع بنظرية إعلان القبول، بإعتبار أن العقد توافق ارادتين، فاذا قبل من وجه إليه الإيجاب التعبير الصادر من الطرف الآخر، تم العقد دون حاجة إلى تأخير ذلك إلى وقت آخر (م١٨٤ موجبات). ويعيب هذه النظرية أن الموجب ستمضى عليه فترة عدم إستقرار لا يعلم فيها اذا كان العقد إنعقد أم لا.

أما القانون المصرى فقد أخذ بنظرية العلم بالقبول (م٩٧ مدنى) بإعتبار أن العقد وإن كان توافقا بين إرادتين، إلا أنه يجب أن يعلم كل طرف بقيام هذا التوافق، أى يعلم الموجب بقبول الطرف الآخر، ويعتبر وصول القبول قرينة على العلم به.

المبحث الثالث

عيوب الرضاء

٣٣٨- الإرادة غير الموجودة والإرادة المعيبة:

العقد تصرف قانونى قوامه الإرادة، والإرادة قد تكون غير موجودة أى معدومة وفى هذه الحالة يعتبر العقد باطلاً أى غير موجود، وقد تكون الإرادة موجودة ولكنها معيبة بعيب من عيوب الرضاء، وفى هذه الحالة يقوم العقد ولكنه يكون قابلاً للإبطال.

والإرادة تعتبر معدومة اذا صدرت ممن لا يملكها كالصبى غير المميز والمجنون، وتكون معيبة إذا صدرت من كامل الأهلية الذى شاب رضاه غلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال. وسنتناول بالبحث كل عيب من هذه العيوب.

المطلب الأول
الغلط

٣٣٩- التعريف الغلط:

الغلط (L'erreur) وهم يقوم فى ذهن الشخص يحمله على إعتقاد غير الواقع، كمن يشترى قطعة حلى على أنها من الذهب الخالص فيتبين انها من الفضة المغطاة بطبقة من الذهب.

ويشترط لإعتبار الغلط معيبا للرضى توافر شرطين: الأول- أن يكون الغلط جوهريا. الثانى- أن يكون الغلط داخلاً فى نطاق العقد.

٣٤٠- الغلط الجوهري:

يعتبر الغلط جوهرياً في القانون المصرى (م١٢١ مدنى) إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، أى اذا بلغ حدا من الجسامة يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط، سواء فى ذلك وقع الغلط فى الشئ أم فى الشخص أم فى القيمة أم فى الباعث، أم فى القانون.

ومثال الغلط فى الشئ أن يشترى شخص تحفة على أنها أثرية فيظهر أنها حديثة الصنع، ومثال الغلط فى شخص المتعاقد أن يعهد شخص إلى مهندس زراعى بالاشراف على زراعته، فيتضح أنه لا يحمل مؤهلاً علمياً، والغلط فى شخص المتعاقد يؤدى إلى إبطال العقد إذا كانت شخصيته محل إعتبار فى العقد، سواء في ذلك تناول الغلط ذات المتعاقد أو صفة من صفاته. وذات المتعاقد تكون بوجه عام محل إعتبار فى العقد اذا كان من عقود التبرع، أما إذا كان من عقود المعاوضة، فلا تكون ذاته محل إعتبار فى العقد إلا على سبيل الاستثناء، كما فى عقد الشركة.

ومثال الغلط فى القيمة أن يبيع شخص إلى آخر سهما بقيمته الفعلية جهلا منه بأن السهم قد ربح جائزة كبيرة. ومثال الغلط الباعث أن يستأجر

موظف مسكنا فى بلد معين على اعتبار أنه نقل اليه، ثم يتبين أنه لم ينقل[1].

ومثال الغلط فى القانون أن يبيع شخص حصته فى التركة، معتقداً أن نصيبه الشرعى هو ثمن التركة، ثم يستبين بعد ذلك أنه ورث ربع التركة.

٣٤١- الغلط الداخل في نطاق العقد:

يشترط فى الغلط حتى يؤدى إلى ابطال العقد أن يكون داخلاً فى منطقة العقد، أى داخلاً فيما إتفق عليه المتعاقدان أو فيما يفترض إتفاقهما عليه، بأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بدوره فى هذا الغلط أو كان عالماً به أو كان من السهل عليه العلم به (م١٢٠ مدنى)[2].

فمن يشترى شيئاً على أنه أثرى من تاجر عاديات، ثم يتبين أنه غير أثرى، يفترض علم التاجر بنية المشترى فى شراء شئ أثرى، ولذا يعتبر الغلط داخلا فى نطاق العقد.

---

(١) راجع فى شأن حالات الغلط الجوهرى فى القانون اللبنانى ما تقتضى به المادة ٢٠٤ موجبات أنه «بعد الرضى متعيبا فقط والعقد قابلا للابطال: ١- اذا كان الغلط يتناول صفات الشئ الجوهرية. ٢- إذا كان الغلط يتناول هوية الشخص أو صفاته الجوهرية فى العقود المنظور فى إنشائها إلى شخص العاقد. ٣- اذا كان الغلط يتناول فاعلية سبب الموجب (كإنشاء عهد من اجل موجب سابق كان يظن أنه مدنى مع أنه كان طبيعيا فقط).

(٢) يتطلب القانون اللبنانى أن يكون الغلط مشتركاً إذا كان واقعا فى صفة جوهرية فى الشئ فقط (م٢٠٧ موجبات).

المطلب الثاني

التدليس

٣٤٢- التعريف بالتدليس:

التدليس أو الخداع كما يسميه القانون اللبنانى (Le dol) هو إستعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد فى غلط يحمله على التعاقد. وظاهر من هذا التعريف أن التدليس لا يعتبر عيباً مستقلاً من عيوب الرضا، بل هو علة لعيب آخر، وهذا العيب هو الغلط، ذلك أن الغلط أما أن يكون تلقائيا، أى ينزلق اليه الشخص من تلقاء نفسه، وإما أن يكون مستثاراً، أى تثيره فى الذهن الحيل التى أستعملت مع العاقد، وفى الحالتين يكون العقد قابلاً للإبطال.

٣٤٣- عناصر التدليس:

يشترط لقيام التدليس فى القانونين المصرى واللبنانى (م١٢٥و١٢٦ مدنى و٢٠٨و٢٠٩ موجبات) توافر عناصر ثلاثة هى: أولاً– إستعمال الحيلة. ثانيا– نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع. ثالثا أن تكون الحيلة مؤثرة أى تحمل على التعاقد.

٣٣٤- العنصر الأول - إستعمال الحيلة:

تتخذ الحيلة المستعملة فى التدليس صورا شتى تختلف باختلاف حالة المتعاقد المدلس عليه. وعادة تتكون الحيل من وقائع إيجابية أى من تأكيدات كاذبة تسندها طرق احتيالية بقصد اخفاء حقيقة الأمر عن العاقد أو إيهامه خلا الواقع. كإصطناع أحد المتعاقدين لمستندات مزورة أو إتخاذه مظاهر خداعة بقصد حمل الطرف الآخر على التعاقد.

والأصل أن الكذب أو الكتمان وحده لا يكفى لتكوين عنصر الحيلة،

إلا إذا تناول واقعة لها أهميتها عند التعاقد، بحيث ما كان ليتعاقد لولا التأكيدات غير الصحيحة التى صدرت له فى شأنها، أو لولا إخفائها عمداً عنه، مثال ذلك كتمان المؤمن على حياته عن شركة التأمين مرضاً خطيراً أصابه قبل التأمين.

٣٤٥- العنصر الثاني- نية التضليل للوصول إلي غرض مشروع:

يجب أن تكون الحيلة المستعملة فى التدليس مصحوبة بنية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، فإذا انتفت نية التضليل فلا تدليس، كما هو الشأن فيما يصدر من التجار من إنتحال أحسن الأوصاف لسلعهم والمبالغة فى ذلك.

كذلك يجب أن يكون المقصود من التضليل هو الوصول إلى غرض غير مشروع، فاذا كان الغرض مشروعا فلا تدليس، كما لو استعمل المودع وقد تبين له أن المودع عند غيره أمين، طرقاً إحتيالية للحصول منه على إقرار بالوديعة.

٣٤٦- العنصر الثالث - أن تكون الحيلة مؤثرة:

يجب أن تبلغ الحيلة من الجسامة حداً يعتبر دافعاً للمتعاقد على التعاقد. وجسامة الحيلة يرجع فيها إلى معيار شخصى أى ذاتى، لأنها تتوقف على حالة الشخص المدلس عليه، إذ من الناس من يصعب خداعه، ومن الناس من يسهل غشه.

٣٤٧- التدليس الصادر من أجنبي عن العقد:

اذا كان الأصل هو وجوب صدور التدليس ممن كان طرفا فى العقد أو من نائبه، إلا أنه إذا صدر التدليس من أجنبى عن العقد وجب أن يكون العاقد المستفيد من هذا التدليس على علم به أو يكون من المفروض حتماً علمه به. فإن لم يثبت ذلك فلا يجوز إبطال العقد.

المطلب الثالث

الإكراه

٣٤٨- التعريف بالإكراه:

الإكراه أو الخوف كما يسميه القانون اللبنانى (Violence) ضغط على الشخص يولد فى نفسه رهبة تحمله على التعاقد.

وهذا الوصف للإكراه ينصرف إلى الاكراه المفسد للرضا، وهو ما نتكلم عنه، لأن فيه الإرادة موجودة وإن لم تكن مختارة، على عكس الإكراه المعدم للرضا والذى يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا، كما لو أمسك المكره بيد المكره والقلم فيها للتوقيع على العقد، أو نومه تنويماً مغناطيسياً، وأوحى إليه بإمضاء العقد.والاكراه المفسد للرضا قد يكون حسياً، ووسيلته الإكراه الجسمانى إذا وقع فعلا، فيقبل الشخص العقد تخلصاً من الألم، وقد يكون نفسيا ووسيلته التهديد بالإيذاء بالقتل أو الضرب، فيقبل الشخص العقد تفاديا للألم المستقبل.

٣٤٩- عناصر الإكراه:

يشترط لتوافر الإكراه فى القانونين المصرى واللبنانى (م١٢٧ و١٢٨ مصرى و٢١٠ إلى ٢١٢ موجبات) توافر عنصرين: أولهما أن يبعث فى نفس المكره رهبة قائمة على أساس. وثانيهما أن يكون بعث هذه الرهبة حاصلاً دون حق، أى عدم مشروعية الرهبة.

٣٥٠- العنصر الأول - بعث الرهبة:

الرهبة التى تفسد الرضا يكون مبعثها عادة التهديد بالحاق

الأذى بالنفس بالقتل مثلا، أو الجسم بالضرب أو التعذيب، أو بالمال بالاتلاف أو الحرق..الخ أو بالسمعة بالتشهير.

ولا يشترط لبعث الرهبة وفساد الرضا أن يكون التهديد بإلحاق الأذى خاصا بشخص المتعاقد أو بماله أو بشرفه، بل أن التهديد بإلحاق الأذى بشخص عزيز على المتعاقد ممن تربطه به رابطة القرابة أو النسب أو الصداقة قد يولد فى نفس العاقد مثل هذه الرهبة التى تحمله على التعاقد.

ويشترط فى الرهبة حتى تفسد الرضا أن تكون قائمة على أساس، والرهبة تكون قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف المكره أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره، أى يشترط فى الخطر – وهو مبعث الرهبة – أن يكون جسيماً وأن يكون محدقاً أى وشيك الوقوع.

وقد يكون مصدر الرهبة الشوكة أو النفوذ الأدبى الذى لشخص على شخص آخر إذا تجاوز صاحب النفوذ استغلال نفوذه.

٣٥١- العنصر الثاني - عدم مشروعية الرهبة:

لا يعتبر الإكراه عيباً فى الرضا إلا إذا كان غير مشروع. والإكراه يكون مشروعا أو غير مشروع بحسب الغرض منه. فإذا كان الغرض منه حصول المكره على ما ليس له حق فيه كان غير مشروع، كمن يهدد آخر بالتشهير به إن لم يدفع له مبلغا من المال. أما اذا كان الغرض منه مشروعا، أى كان الغرض منه حصول الشخص على حق له، فإن الاكراه لا يفسد الرضا، كتهديد امرأة لخليها بالتشهير به عند خطيبته ان لم يعوضها عن الضرر الذى أصابها بسبب العلاقة السابقة بينهما.

٢٥٣- إنبعاث الرهبة عن إكراه صادر من الغير أو من ظروف تهيأت مصادفة:

الأصل فى الإكراه المفسد للرضا أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر، فان كان صادراً من أجنبى عن العقد فلا يفسد الرضا فى القانون المصرى الا اذا كان متصلا بالعقاد الآخر المستفيد منه، بأن كان يعلم به أو كان من المفروض حتما علمه به(١).

وقد لا يصدر الإكراه من شخص ما بل تولده الظروف مصادفة، فيستغل أحد المتعاقدين هذه الظروف للضغط على إرادة المتعاقد الآخر الذى وقع تحت تأثيرها، كشخص يصاب فى حادث بعيد عن العمران، فيرفض آخر نقله إلا إذا تعهد بدفع مبلغ كبير من المال.

المطلب الرابع

الإستغلال

٢٥٣- الإستغلال والغبن:

الإستغلال والغبن هو عدم التعادل فى الإلتزامات المتقابلة التى يرتبها العقد، أى عدم التعادل بين ما يبذله العاقد وما يأخذه، وإذا نظر إلى عدم التعادل من الناحية المادية سمى غبنا (Lésion)، وإذا نظر إليه من الناحية النفسية سمى إستغلالا (exploitation).

٢٥٤- عناصر الإستغلال:

بإستقراء أحكام القانونين المصرى واللبنانى (م١٢٩ مدنى و٢١٤ موجبات) يتضح أنه يجب توافر عنصرين تربط بينهما رابطة السببية

(١) لا يشترط فى القانون اللبنانى فى الاكراه الصادر من الغير أن يكون المتعاقد المستفيد منه على علم به.

حتى يمكن الطعن فى العقد على أساس الإستغلال، وأحد هذين العنصرين مادى أو موضوعى، والآخر نفسى أو ذاتى.

٣٥٥- العنصر المادي:

العنصر المادى هو فقدان التعادل بين قيمة ما يأخذه المتعاقد وبين قيمة ما يعطى، وهذه القيمة تقدر بإعتبار حال المتعاقد وقت التعاقد، أى بإعتبار ظروفه الشخصية، فإذا كان غاوياً يرغب فى الحصول على تحفة، ويقبل على شرائها بالرغم من أن قيمتها المادية لا تعادل الثمن المطلوب فلا يعتبر مغبونا، لأن الاستغلال يتطلب أن يكون المغبون عاجزا عن تقدير قيمة ما يعطى وقيمة ما يأخذ بسبب ظروفه الخاصة كالطيش البين أو الهوى الجامح.

وعدم التعادل بين الالتزامات لم يرمز اليه المشرع برقم معين، بل ترك للقاضى تقديره بالنظر إلى ظروف العاقد وشروط العقد.

والاستغلال كما قد يقع فى عقود المعاوضات، قد يقع كذلك فى أعمال التبرعات كالهبة أو الوصية، لأن أعمال التبرعات فاقدة بطبيعتها لعنصر التعادل أى للعنصر المادى، لأن المتبرع يعطى ولا يأخذ، فاذا اضيف إلى هذا العنصر، العنصر الثانى وهو العنصر النفسى، بأن استغل ما فى المتبرع من ضعف، تحقق عيب الاستغلال.

٣٥٦- العنصر النفسي:

العنصر النفسى هو إستغلال العاقد لما فى المغبون من نقص، وقد قصرت المادة ١٢٩/١ مدنى حالات النقص على الطيش البين أو الهوى الجامح فقط، أما المادة ٢١٤ موجبات فتصرفه إلى حالات الضيق أو الطيش أو عدم الخبرة.

والطيش مرض فى الشخص يمنعه من البصر بعواقب الأعمال وتقدير ما فيها من غبن.

والهوى الجامح رغبة شديدة تقوم فى نفس الشخص، ولو لم يكن معروفا بالطيش، تفتقده دون أن يدرى سلامة الحكم على أعمال معينة هى موضوع هذه الرغبة، كأن يتزوج رجل طاعن فى السن إمرأة شابة، تستغل هواه لكى يبرم لصالحها عقوداً تضر بأولاده.

والضيق يكون عادة مالياً أو اقتصادياً، مستمراً أو مؤقتاً، حقيقياً أو صورياً يتوهمه العاقد، وهو كما قد يلم بالشخص الطبيعى قد يلم بالشخص المعنوى.

وعدم الخبرة هو الجهل بالأمور، كالجهل بالعادات التجارية أو الحرفية أو الاجتماعية وهو ليس وقفاً على غير المتعلم، لأن الشخص المثقف اذا خرج عن دائرة نشاطه العادية، فقد الخبرة اللازمة للبصر بنتائج الأعمال.

وسواء كان النقص الذى بالمغبون طيشا بينا أو هوى جامحا، أو ضيقا، أو عدم خبرة، فيجب أن يكون معلوما من الطرف الآخر وأن يقصد استغلاله.

٣٥٧- جزاء الإستغلال:

جزاء الإستغلال فى القانون المصرى يتمثل فى أحد أمرين هما:

القابلية للإبطال أو إنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون. ويسقط الحق فى اقامة الدعوى بأى من هذين الجزاءين إذا مضت سنة على تاريخ العقد.

أما فى القانون اللبنانى فالجزاء هو إبطال العقد، كما هو الأمر

بالنسبة لباقى عيوب الرضا، وتنقضى الدعوى بنفس المدة المقررة لإنقضاء الحق فى باقى العيوب وهى عشر سنوات من وقت إنكشاف العيب أو انقطاعه.

٣٥٨- حالات الغبن المادية:

بجانب الاستغلال توجد حالات أخذ فيها المشرع بفكرة الغبن المادية، وفى هذه الحالات تقوم قيمة الشئ وفقا لقانون العرض والطلب دون نظر إلى ظروف العاقد.

وهذه الحالات يتناولها المشرع بنصوص خاصة، من ذلك حالة بيع عقار غير كامل الأهلية فى القانون المصرى (م٤٢٥مدنى)، وحالة مجاوزة سعر الفائدة (م٢٢٧/١ مدنى). ففى الحالة الأولى إذا كان فى البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. وفى الحالة الثانية إذا إتفق على فوائد تزيد على ٧٪ وجب تخفيضها إلى هذا الحد.

الفرع الثاني

المحل

٣٥٩- التعريف بالمحل:

محل الإلتزام هو ما يتعهد به المدين. وعادة يقال أن محل الإلتزام أما أن يكون إعطاء شئ كنقل ملكية أو ترتيب حق عينى تبعى كرهن على شئ، واما أن يكون القيام بعمل كإلتزام مقاول ببناء منزل، وإما بإمتناع عن عمل كإلتزام بائع المتجر بالإمتناع عن مزاولة نفس التجارة فى الجهة الكائن فيها المتجر المبيع.

وتقسيم محل الإلتزام إلى هذه الأنواع الثلاثة محل نظر، لأنه فى الإلتزام بإعطاء، يلتزم المدين فقط بالقيام بعمل هو إتمام الإجراءات اللازمة لنقل أو ترتيب الحق كالقيام باجراءات التسجيل، أما الحق نفسه فانه ينتقل أو يترتب بحكم القانون. ولذا فالأصح أن يقال أن محل الإلتزام هو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل.

٣٦٠- شروط المحل - إحالة:

يشترط فى محل الإلتزام سواء كان عملاً أو إمتناعاً عن عمل توافر شروط معينة نص عليها المشرع (م١٣١-١٣٥ مدنى و١٨٦-١٩٢ موجبات) . وهذه الشروط هى: أولاً- أن يكون موجوداً أو ممكناً. ثانياً- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. ثالثاً -أن يكون مشرعاً[1] .

الفرع الثالث

السبب

٣٦١- سبب العقد وسبب الالتزام:

سبب العقد هو ما يدفع الشخص إلى التعاقد، والدوافع أو الباعث على التعاقد ليس واحدا بالنسبة لمختلف العقود، بل هو ليس و احداً بالنسبة للعقد الواحد لأنه يختلف باختلاف العاقد، فقد يقترض شخص لسداد دين عليه، ويقترض آخر لشراء عين يرغب فيها، ويقترض ثالث للقيام برحلة ... وهكذا يختلف سبب العقد أى الدافع إلى التعاقد باختلاف شخص المتعاقد.

---

(1) راجع البند ١٩٧ وما بعده.

أما سبب الإلتزام أى ما يحمل الشخص على الإلتزام فهو واحد لا يتغير فى كل نوع من أنواع العقود، ففى البيع مثلا سبب إلتزام المشترى بدفع الثمن إلى البائع هو التزام بتسليم المبيع اليه، وسبب إلتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى هو إلتزام المشترى بدفع الثمن له، أى أنه فى جميع البيوع سبب التزام البائع أو سبب التزام المشترى واحد لا يتغير.

وعلى هذا النحو يقال أنه فى العقود التبادلية كالبيع والإيجار سبب التزام كل متعاقد هو إلتزام المتعاقد الآخر. وفى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة، سبب إلتزام المودع لديه بالرد ، هو التسليم، وفى التبرعات سبب إلتزام المتبرع هو نية التبرع.

٣٦٢- شروط سبب العقد:

يشترط فى سبب العقد أى الباعث الدافع إلى التعاقد أن يكون مشروعاً، أى ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب، فمن يهب امرأة مالاً بغرض إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة يكون عقد الهبة الصادر منه باطلا.

٣٦٣- شروط سبب الإلتزام:

يشترط فى سبب الإلتزام أن يكون موجوداً، فإذا تخلف السبب بطل الإلتزام، والسبب فى عقود التبرع هو نية التبرع، وفى العقود العينية هو واقعة تسليم الشئ، وفى العقود الملزمة للجانبين هو التزام كل طرف، فإذا لم يوجد السبب فى أى من هذه العقود بالمعنى السابق بطل العقد. ومن الأمثلة على إنعدام السبب ما يسمى «بسند المجاملة» (effet de complaisance) وصورته أن يحتاج شخص إلى مبلغ من المال، فيلجأ

إلى صديق له، فيوقع له هذا الصديق سنداً بمديونيته حتى يستطيع الحصول على قيمته عن طريق تحويله، على أن يورد قيمته إلى موقع السند عند حلول ميعاد الدفع حتى يستطيع الوفاء بقيمته لحامل هذا السند، فهنا سبب الإلتزام غير موجود، ويمكن الاحتجاج بعدم وجوده فيما بين المدين ودائنه الصورى.

الفرع الرابع

جزاء الإخلال بركن من أركان العقد

٣٦٤- الصحة والبطلان المطلق والبطلان النسبي:

يمكن التفرقة فيما يتعلق بالعقد بين حالات ثلاث هى: الصحة، والبطلان المطلق، والبطلان النسبى.

والحالة الأولى وهى الصحة تقوم إذا توافرت للعقد جميع أركانه من رضاء ومحل وسبب وشكل إذا كان من العقود الشكلية كالهبة، وتوافر فى كل ركن من هذه الأركان الشروط التى يتطلبها القانون.

والحالة الثانية وهى حالة البطلان المطلق وتتحقق إذا نقص العقد ركن أو أكثر من أركانه، بأن كان الرضاء معدوماً، أو كان المحل مستحيلاً أو غير معين أو غير مشروع، أو كان سبب الإلتزام غير موجود، أو كان سبب العقد غير مشروع، أو كانت الشكلية غير متوافرة حيث يتطلب القانون توافرها.

والحالة الثالثة وهى حالة البطلان النسبى وتتحقق إذا نقص العقد شرط من شروط الصحة بأن كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية أو كانت إرادته معيبة بعيب من عيوب الرضا وهى: الغلط والتدليس (الخداع) والإكراه (الخوف) والاستغلال.

٣٦٥- من له التمسك بالبطلان:

ترجع علة بطلان العقد بطلاناً مطلقاً إلى عدم توافر ركن من أركانه، أى ترجع إلى إنعدام العقد قانوناً. وما دامت علة البطلان راجعة إلى عدم قيام العقد، فيجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، كما يجوز لكل من الطرفين ولكل صاحب مصلحة التمسك به.

والمقصود بصاحب المصلحة هنا من له حق يؤثر فيه إتخاذ العقد الباطل مظهر العقد الصحيح، وهذا هو الدائن، والخلف العام كالوارث، والخلف الخاص كالمشترى. فالدائن مثلاً له مصلحة فى التمسك ببطلان التصرف الصادر من مدينة لأن مثل هذا التصرف إذا لم يتقرر بطلانه سيؤثر فى الجانب الإيجابى من ذمة المدين بالانتقاص منه. والخلف العام كالوارث له مصلحة فى التمسك ببطلان التصرف من المورث لرد العين المتصرف فيها إلى التركة، والخلف الخاص كالمشترى له مصلحة فى التمسك ببطلان التصرف السابق صدوره من البائع فى شأن العين المبيعة حتى تخلص له هذه العين.

أما العقد القابل للإبطال فلم تتقرر قابليه إبطاله الا لعلة توافرت فى جانب أحد المتعاقدين، وهى نقص فى أهليته أو عيب فى رضاه، ولذا يكون لهذا المتعاقد وحده دون المتعاقد الآخر طلب إبطال العقد (م١٣٨ مدنى و٢٣٤ موجبات)، واذا توفى هذا المتعاقد قبل مباشرة حقه فى طلب البطلان إنتقل هذا الحق إلى ورثته.

٣٦٦- الإجازة:

الإجازة عمل قانونى صادر من جانب واحد يزيل به المتعاقد عيبا فى العقد يخوله الحق فى طلب ابطاله، ويسميها القانون اللبنانى التأييد،

وهى بهذا المعنى لا تلحق إلا العقود القابلة للابطال، لأن العقد القابل للإبطال له وجود قانونى ويرتب كافة آثاره حتى يتقرر إبطاله فتزول هذه الآثار بأثر رجعى، أو يثبت وجوده نهائياً بالإجازة، فيعتبر صحيحاً من وقت إنعقاده وليس من وقت صدور الإجازة.

ويشترط فى الإجازة أن تصدر بعد زوال العيب، أى بعد بلوغ القاصر سن الرشد أو إنكشاف الغلط أو إنقطاع الإكراه مثلا وإلا لحقها نفس العيب، كما يجب أن يكون المجيز عالما بالعيب اللاحق بالعقد وراغباً فى تصحيحه.

٣٦٧- التقادم:

الأصل أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً عدم، والعدم لا يمكن بعثه ولهذا فان الدفع ببطلان العقد لا يتقادم مهما طالت المدة، فمثلاً إذا كان عقد البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولم يكن البائع قد نفذ التزامه بتسليم المبيع، ورفع عليه المشترى دعوى طالباً فيها التسليم، فيستطيع البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان عقد البيع مهما مضى على العقد من زمن.

وقد كان يجب أن يكون الأمر كذلك بالنسبة لدعوى البطلان، إلا أن المشرع إستجاب لمقتضيات الأمن المدنى فى المعاملات والتى تتطلب المحافظة على الأوضاع التى تمت وإستقرت بمضى الزمن، ولذا قرر سقوط دعوى البطلان بمضى المدة، وهذه المدة هى خمس عشرة سنة من وقت العقد فى القانون المصرى (م١٤١ مدنى)، وعشر سنوات فى القانون اللبنانى (م٣٤٩ موجبات).

أما العقد القابل للإبطال فهو قعد موجود ومرتب لكافة آثاره حتى يقضى ببطلانه، ولذا يجب على من له الحق فى التمسك بإبطاله أن يستعمل

حقه فى خلال المدة التى حددها القانون، فإذا إنقضت هذه المدة دون أن يستعمل صاحب الحق حقه فى طلب الإبطال إعتبر متنازلاً عن حقه، ولذا يمتنع عليه بعد ذلك أن يتمسك بالابطال بطريق الدعوى أو بطريق الدفع.

ومدة التقادم تختلف فى القانون المصرى بإختلاف سبب الإبطال، فإذا كان سبب الابطال نقص أهلية العاقد، فان الحق فى التمسك بالبطلان ينقضى بمضى ثلاث سنوات من وقت بلوغ سن الرشد.

وإذا كان سبب العيب اللاحق بالعقد هو الإكراه أو الغلط أو التدليس، فان دعوى الإبطال تتقادم اما بمضى ثلاث سنوات من وقت انقطاع الإكراه أو إنقطاع الغلط أو التدليس، واما بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد، والعبرة فى ذلك بأقصر الأجلين، فمثلاً إذا كان العيب اللاحق بالعقد هو التدليس ولم ينكشف إلا بعد مضى ثلاث عشرة سنة من تاريخ العقد، فان الحق فى الابطال يسقط لتمام الخمس عشرة سنة، أى بمضى السنتين الباقيتين لهذه المدة، وليس بمضى ثلاث سنوات من وقت انكشافه.

أما بالنسبة للإستغلال فقد قرر المشرع المصرى مدة أقصر من المدة المقررة فى شأن باقى عيوب الإرادة، اذ نص فى المادة ١٢٩ مدنى على وجوب رفع الدعوى فى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة.

أما فى القانون اللبنانى فمدة تقادم دعوى الإبطال هى عشر سنوات تبدأ من اليوم الذى يزول فيه العيب (م٢٣٥ موجبات).

٣٦٨- أثر تقرير البطلان:

إذا تقرر بطلان العقد سواء كان مطلق البطلان أو قابلاً للإبطال، إعتبر العقد كأن لم يوجد، فإذا لم يكن تنفيذه قد تم بعد من أى من

المتعاقدين، إعتبر الوضع السابق على التعاقد قائما بينهما، فلا دائن هناك ولا مدين. أما إذا كان العقد قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان فيجب رد المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها من قبل التعاقد، فإذا كان العقد بيعاً مثلا رد المشترى المبيع إلى البائع مع الثمار، ورد البائع الثمن الذى قبضه مع الفوائد.

وإذا كان الرد مستحيلاً لهلاك العين فى يد المشترى، أو لأن العقد من عقود المدة كالإيجار، وكان المستأجر قد إنتفع بالعين المؤجرة قبل تقرير البطلان، وجب الحكم بتعويض معادل. ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا ناقص الأهلية، فإذا أبطل العقد لنقص أهليته فلا يرد إلا ما عاد عليه من مفعة بسبب تنفيذ العقد (م١٤٢/٢ مدنى)، كما لو اشترى بالثمن الذى قبضه عقارا، أما إذا كان قد أنفقه فى اللهو فلا يلزم بالرد.

وإذا كان المشترى بعقد باطل تصرف فى العين التى إشتراها بالبيع إلى شخص آخر مثلا، فانه يترتب على بطلان سند المشترى الأول بطلان سند المشترى الثانى، ويتعين على هذا الأخير رد العين إلى مالكها الأصلى. غير أن هذا المبدأ تحد منه القواعد الخاصة بحماية الغير حسن النية، سواء تعلق حق الغير بمنقول أو بعقار.

فإذا تعلق حق الغير بمنقول فيمكن الإستفادة من قاعدة الحيازة فى المنقول بحسن النية سند الملكية لحماية هذا الغير (م٩٧٦ مدنى)، وإذا تعلق بعقار فيمكن الاستفادة من قاعدة وجوب شهر دعوى البطلان للاحتجاج بالحكم الصادر فيها فى مواجهة الغير، فإذا لم تشهر دعوى البطلان فلا يحتج بالحكم الصادر فيها فى مواجهته ويظل العقار ملكا له.

الفصل الثاني
نطاق العقد
أو
نسبية آثار العقد

٣٦٩- قصور حكم العقد علي عاقديه:

إذا إستجمع العقد أركانه، وتوافرت فى كل ركن شروطه، إنعقد العقد صحيحا وترتبت عليه آثاره. وآثار العقد تتحدد من حيث نطاقها بطرفيه، فلا تنصرف إلى الغير، وهذا ما يعرف بقصور حكم العقد على العاقدين أو بنسبية آثار العقد.

ولكن ما المقصود بكلمة طرف العقد، هل يقتصر مدلول هذه الكلمة على العاقد نفسه أم ينصرف كذلك إلى خلفائه؟ للإجابة على هذه الأسئلة سنتناول بالبحث أولا أثر العقد بالنسبة إلى الخلف، وثانيا أثر العقد بالنسبة إلى الغير.

الفرع الأول
أثر العقد بالنسبة إلي الخلف

٣٧٠- الخلف العام والخلف الخاص:

لا يقتصر أثر العقد على العاقد، سواء باشر العقد بنفسه أم بواسطة

نائب عنه، بل ينصرف كذلك إلى خلفائه، وهم من يمثلهم فى العقد. والخلف اما أن يكون خلفاً عاماً، واما أن يكون خلفاً خاصاً.

والخلف العام هو من يخلف السلف فى ذمته المالية كلها، وهذا هو الوارث لكل التركة، أو من يخلفه فى جزء منها باعتبارها مجموعة مالية، وهذا هو الوارث لجزء من التركة أو الموصى له بحصة بها كالثلث أو الربع.

وظاهر من التعريف السابق للخلف العام، أن الشخص لا تلحق به هذه الصفة الا فى حالة وفاة السلف فقط.

أما الخلف الخاص فلا يخلف السلف فى جملة ذمته المالية أو فى حصة منها كالثلث، بل يخلفه فى حق عينى على شئ معين أو فى ملكية شئ معين، كالمشترى، والموهوب له، والموصى له بعين معينة بالذات، وسنتناول فيما يلى الكلام فى الخلف العام ثم فى الخلف الخاص.

المبحث الأول

الخلف العام

٣٧١- القاعدة العامة في شأن إنصراف أثر العقد إلي الخلف العام:

الأصل فيما يتعلق بالخلف العام أنه يخلف السلف فى ذمته المالية أو فى حصة منها فى كل ما تتناول هذه الذمة من حقوق وإلتزامات، ولذا تنصرف إليه آثار العقود التى عقدها السلف سواء فيما ترتبه من حقوق أو ما ينتج عنها من التزامات (م ١٤٥ مدنى).

وقاعدة إنصراف أثر العقد الذى يعقده السلف إلى الخلف العام من شأنها جواز الإحتجاج على الخلف العام بالتصرف الحقيقى المعقود من

السلف فى حالة الصورية، وبالتاريخ الذى يحمله العقد ولو لم يكن ثابتاً.

٣٧٢- الإستثناء الواردة علي القاعدة:

يستثنى من القاعدة السافة فى شأن إنصراف آثار العقد الذى يعقده السلف إلى الخلف العام الاستثناءات الآتية:

أولا- إذا إتفق المتعاقدان على قصر آثار العقد عليهما وعدم إنصرافها إلى ورثة أحدهما كما لو إتفقا فى عقد وعد بالبيع على إنقضاء العقد فى حالة وفاة أحدهما.

ثانيا- اذا كانت طبيعة العقد لا تتفق وانتقال الآثار التى يرتبها إلى الخلف العام، كما هو الأمر فى كافة الإلتزامات التى يراعى فيها شخصية العاقد، كالإلتزامات التى تترتب على عقود المهندس أو المحامى فيما يتصل بأعمال مهنته.

ثالثا- إذا كان هناك نص قانونى يقضى بإنقضاء العقد بوفاة العاقد، من ذلك ما تقرره المادة ١/٩٩٣ مدنى من أنه «ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فان لم يعين له أجل عد مقرراً لحياة المنتفع. وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المعين». أى أن حق الانتفاع المقرر للمورث على عين ما، لا ينتقل بوفاته لورثته.

٣٧٣- متي يأخذ الخلف العام حكم الغير بالنسبة إلي تصرفات السلف؟

ذكرنا أن القاعدة العامة فيما يتعلق بالخلف العام هى إنصراف آثار عقود السلف إليه. غير أن هناك حالة يعتبر فيها الخلف العام من الغير بالنسبة إلى تصرفات سلفه، وهى حالة ما إذا تناولت هذه التصرفات حقه

فى التركـة، لأن أحكام الميراث من النظام العام فلا يجوز للمورث الخروج عليها، ولذا أحاط المشرع حق الوارث بضمانات عديدة بغية حمايته، من ذلك ما قرره المشرع المصرى من عدم نفاذ الوصية فى حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوها بعد وفاة مورثهم، وأنه يأخذ حكم الوصية كل تصرف يصدر من المورث فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، وأنه لا يحتج عليهم بتاريخ هذا التصرف اذا لم يكن ثابتاً، وأن لهم إثبات صورية التاريخ العرفى الذى يحمله التصرف بكافة طرق الاثبات.

المبحث الثاني

الخلف الخاص

٣٧٤- تحديد مركز الخلف الخاص:

ذكرنا فيما تقدم أن الخلف الخاص لا يخلف السلف فى ذمته المالية أو فى حصة منها، بل يخلفه فى ملكية شئ أو فى حق عينى آخر على شئ، كالمشترى والموهوب له والدائن المرتهن. أما من يتقرر له حق شخصى فى ذمة شخص آخر فلا يعتبر خلفا خاصا له، بل يعتبر دائناً له، كما هو الشأن فى علاقة المستأجر بالمؤجر، فالمستأجر ليس خلفا للمؤجر بل دائنا له.

والأصل أن الخلف الخاص لا تنصرف إليه آثار العقود التى يعقدها السلف الا اذا تعلقت بالشئ الذى انتقل إلى الخلف الخاص، وبشرط توافر شرطين (م١٤٦ مدنى) هما:

أولا- أن يكون الحق أو الإلتزام الذى رتبه العقد الذى عقده السلف، من مستلزمات الشئ الذى إنتقل إلى الخلف الخاص.

ويعتبر الحق من مستلزمات الشئ إذا كان مكملا له كعقود التأمين على العين مثلا، ويعتبر الالتزام من مستلزمات الشئ اذا كان يحد من حرية الانتفاع به كما هو الشأن فى قيود البناء الإتفاقية.

ثانيا- أن يعلم الخلف الخاص بالحق أو الإلتزام المعتبر من مستلزمات الشئ الذى إنتقل إليه، ويستوى فى ذلك العلم الحقيقى، والعلم المفترض من شهر العقود الصادرة من السلف.

الفرع الثاني

أثر العقد بالنسبة إلي الغير

٣٧٥- القاعدة العامة في شأن عدم انصراف آثار العقد إلي الغير:

القاعدة أن أثر العقد لا ينصرف إلى غير العاقد أو من يمثله، أى لا ينصرف إلى الغير الأجنبى عن العقد، فلا يحمله إلتزاماً ولا يكسبه حقا (م٢٢٥ موجبات)، والقاعدة فى شقها السلبى أكثر إطلاقا منها فى شقها الايجابى، ولذلك نصت المادة ١٥٢ مدنى على أنه «لا يرتب العقد إلتزاما فى ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا». وهذه المادة تشير فى الواقع إلى التعهد عن الغير بإعتباره تطبيقا للجانب السلبى فى القاعدة، والى الإشتراط لمصلحة الغير بإعتباره إستثناء من الجانب الايجابى فيها.

المبحث الأول

التعهد عن الغير

٣٧٦- ماهية التعهد عن الغير:

التعهد عن الغير ليس إلا تطبيقا للقاعدة العامة فى قصور حكم العقد على عاقديه، فإذا وعد شخص بأن يحمل الغير على الإلتزام بأمر ونصب نفسه زعيما بذلك، فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام الغير، إذ غاية الأمر

أن الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شئ، هو الحصول على إقرار الغير للوعد الذى بذله.

والتعهد عن الغير يقصد به عادة علاج حالة لا يمكن معها الإنتظار للحصول على رضاء صاحب الشأن، كما لو عرض شخص على الشركاء المشتاعين شراء المال الشائع بثمن مرتفع ولم يكن أحدهم حاضراً، فخشية ضياع الفرصة يقبل الشركاء المشتاعون التعاقد عن أنفسهم والتعهد عن شريكهم الغائب بأنه سيقبل البيع.

٣٧٧- شروط التعهد عن الغير:

يفترض التعهد عن الغير توافر شروط ثلاثة (م ١٥٣ مدنى و٢٢٦ موجبات) هى:

أولا- أن يتعاقد المتعهد بإسمه هو لا بإسم الغير الذى يظل أجنبياً تماماً عن هذا التعاقد.

ثانيا- يجب أن يكون الغرض من التعهد إلزام المتعهد نفسه لا إلزام الغير، إذا الغير لا يلزم إلا إذا أقر التعهد، فإن رفضه فلا يكون لمن تعاقد مع المتعهد إلا الرجوع على هذا الأخير بالتعويض لعدم تنفيذ التزامه.

ثالثا- يجب أن يكون محل إلتزام المتعهد هو القيام بعمل، هذا العمل هو حمل الغير على قبول التعهد. وإلتزام المتعهد يتميز بأنه ليس إلتزاماً ببذل عناية بل التزاما بتحقيق نتيجة، بمعنى أنه لا يكفى فى تنفيذ إلتزامه أن يبذل غاية جهده لحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب أن يحصل فعلاً على قبوله لهذا التعهد.

٣٧٨- احكام التعهد عن الغير:

للغير مطلق الحرية فى قبول أو رفض التعهد الصادر من المتعهد،

ولا يترتب على رفضه أية مسؤولية عليه. وإذا قبله ينعقد عقد جديد بين هذا الغير وبين المتعاقد الآخر مع المتعهد، ويستند تاريخ هذا العقد الجديد إلى وقت صدور القبول من الغير وعلم الطرف الآخر به، فلا يكون له أثر رجعى يرتد إلى تاريخ العقد الأول إلا إذا قصد الغير ذلك صراحة أو ضمناً.

وإذا رفض الغير قبول التعهد يكون لمن تعاقد مع المتعهد الرجوع على هذا الأخير بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء هذا الرفض. على أنه يجوز للمتعهد أن يتلافى الحكم عليه بالتعويض، بأن يقوم بالوفاء عينا بالإلتزام الذى رفض الغير قبوله، إذا كانت طبيعة هذا الإلتزام لا تأبى ذلك، بأن كان غير متصل بشخص الغير.

المبحث الثاني
الإشتراط لمصلحة الغير

٣٧٩- التعريف بالإشتراط لمصلحة الغير:

الإشتراط لمصلحة الغير، عمل قانونى يشترط فيه شخص يسمى المشترط، على شخص آخر يسمى المتعهد، بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع. ومثال ذلك عقد التأمين، وفيه يتعاقد المستأمن (المشترط) لمصلحة وارث معين أو ورثته (المنتفع) مع شركة التأمين (المتعهد)، فيكون للوارث أى المنتفع حقا مباشرا قبل شركة التأمين للمطالبة بمبلغ التأمين.

٣٨٠- شروط قاعدة الإشتراط لمصلحة الغير:

لكى ينعقد عقد الإشتراط صحيحاً يجب أن تتوافر شروط معينة (م١٥٤ مدنى و ٢٢٧ موجبات) وهى:

أولا- يجب أن يتعاقد المشترط بإسمه هو مع المتعهد، دون أن يدخل المنتفع طرفا فى العقد. ويجب أن تتجه ارادة المشترط والمتعهد إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع أى المستفيد الذى يظل أجنبياً عن العقد.

ثانيا- لا يشترط فى المنتفع إلا أن يكون موجوداً وقت أن يرتب الإشتراط أثره، فان لم يكن موجوداً فى هذا الوقت بطل الإشتراط، ولا يترتب على بطلان الإشتراط بطلان العقد نفسه الذى تضمن هذا الإشتراط، بل يظل صحيحا وتتحول الفائدة التى يحققها إلى المشترط أو ورثته، مثال ذلك عقد تأمين لمصلحة ولد المؤمن له، فان مات دون ولد انتقل الحق فى مبلغ التأمين إلى ورثته كجزء من تركته.

ثالثا- يجب لصحة الإشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشترط مصلحة شخصية فى الاشتراط لغيره، وهذه المصلحة قد تكون مادية أو أدبية. ومثال المصلحة المادية أن يشترط البائع على مشترى العقار المرهون دفع الثمن للدائن المرتهن. ومثال المصلحة الأدبية أن يعقد الشخص تأميناً لمصلحة ولده، ويتوسع الفقه والقضاء فى تصوير فكرة المصلحة الأدبية حتى أنه يذهب إلى أن فى مجرد الاشتراط لمصلحة الغير ما يفترض وجودها.

٣٨١- آثار الإشتراط لمصلحة الغير:

يترتب على الإشتراط لمصلحة الغير قيام ثلاثة أنواع من العلاقات القانونية وهى: العلاقة بين المشترط والمتعهد، والعلاقة بين المشترط والمنتفع، وأخيراً العلاقة بين المتعهد والمنتفع، وسنبحث فيما يلى فى كل من هذه العلاقات.

٣٨٢- علاقة المشترط والمتعهد:

يحكم العلاقة بين المشترط والمتعهد العقد الذى تم بينهما، وقد يكون هذا العقد هبة مع تكليف مقرر على المتعهد لمصلحة المنتفع، أو عقد

تأمين على الحياة يكون المشترط هو المؤمن له، والمتعهد هو شركة التأمين، والمنتفع هو المستحق لمبلغ التأمين.

وللمشترط بموجب المصلحة المادية أو الأدبية التى له فى الإشتراط أن يراقب تنفيذ المتعهد لإلتزامه نحو المنتفع، فإن قصر فى ذلك كان له لمطالبة بالتنفيذ أو بالتعويض أو بالفسخ.

٣٨٣- علاقة المشترط بالمنتفع:

تتحدد علاقة المشترط بالمنتفع بالدافع إلى الإشتراط، فقد يكون هذا الدافع هو قصد التبرع من جانب المشترط للمنتفع، أو قصد إنهاء أو انشاء علاقة معارضة بينهما.

فإذا كان المقصود من الاشتراط هو التبرع للمنتفع، فإن الاشتراط فى هذه الحالة يكون فى علاقة المشترط بالمنتفع هبة مستترة، ولذا لا يخضع للشروط الشكلية فى الهبة، وإن خضع لشروطها الموضوعية من وجوب توافر أهلية التبرع فى المشترط.

٣٨٤- علاقة المتعهد بالمنتفع:

يكتسب المنتفع كما سبق أن ذكرنا حقاً مباشراً من عقد الإشتراط الذى تم بين المشترط والمتعهد، ولذا يصبح دائنا شخصياً للمتعهد، له مطالبته بتنفيذ التزامه، والرجوع عليه بالتعويض فى حالة إمتناعه. ولكن ليس له أن يطلب فسخ عقد الإشتراط فى حالة عدم تنفيذ المتعهد لإلتزامه لأنه ليس طرفا فى العقد.

٣٨٥- حق المشترط في نقض المشارطة:

يستمد المنتفع حقه من عقد الإشتراط المبرم بين المشترط والمتعهد، وهذا الحق قابل للنقض من قبل المشترط طالما لم يعلن المنتفع رغبته فى

الاستفادة من المشارطة، فإن أعلن قبوله للإشتراط إنقضى حق المشترط فى النقض.

وحق النقض هذا يعتبر حقاً شخصياً للمشترط فلا يجوز لدائنيه أو لورثته مباشرته (م ١٥٥/١ مدنى و ٢٣١/٢ موجبات)، والعلة فى هذا أن الدائن، لو خول هذا الحق، فلن يحجم عن إستعماله خاصة اذا كان مدينه معسرا، وأن الوارث لن يتردد فى مباشرته مدفوعا فى ذلك بعامل المصلحة الشخصية، فحماية لحق المنتفع قصر المشرع حق النقض على المشرع وحده دون دائنيه أو ورثته.

وإذا نقض المشترط المشارطة، أى نقض حق المنتفع، فقد يحل منتفعا آحر محله، وهو مايقع عادة فى عقود التأمين على الحياة، وقد لا يحل أحداً محله، وفى هذه الحالة يضاف الحق الناشئ من المشارطة إلى المشترط، وتنقلب المشارطة إلى عقد عادى.

الفصل الثالث

تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية

٣٨٦- القوة الملزمة للعقد:

يترتب على إنعقاد العقد صحيحاً نشوء رابطة قانونية بين طرفيه تسمى بالرابطة التعاقدية، وهى رابطة ملزمة للمتعاقدين الدائن منهما والمدين، ويعبر عنها المشرع بقوله «العقد شريعة المتعاقدين» (م١٤٧ مدنى). ويترتب على هذه الرابطة وجوب تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد من ناحية، وعدم جواز حل هذه الرابطة بإرادة أحد المتعاقدين فقط إلا فى حالات خاصة نص عليها المشرع صراحة.

وسنتناول فى هذا الفصل الكلام فى تنفيذ العقد، وما يترتب على عدم التنفيذ من قيام مسؤولية العاقد، ثم فى أسباب زوال الرابطة التعاقدية.

الفرع الأول

تنفيذ العقد

٣٨٧- تحديد الموضوع:

يلتزم المتعاقد بمقتضى العقد الصحيح بتنفيذ الإلتزامات التى

يرتبها هذا العقد فى ذمته. وموضوع تنفيذ العقد يثير مسائل ثلاث هى: تفسير العقد، وتحديد مضمونه، وإحترام قانون العقد.

المبحث الأول

تفسير العقد

٣٨٨- قواعد التفسير:

تفسير العقد من عمل القاضى، غير أن المشرع لم يترك للقاضى كامل الحرية فى شأن تفسير العقود، بل ألزمه بإتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن مهمته الأصلية وهى تفسير العقد، إلى التعديل فيه. وقد تناول المشرع المصرى هذه القواعد فى المادتين ١٥٠ و١٥١ مدنى، كما نص عليها المشرع اللبنانى فى المواد ٣٦٦ إلى ٣٧١ موجبات.

وبمراجعة المواد السابقة يتبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين ثلاث حالات وهى: حالة وضوح عبارة العقد، وحالة غموض عبارة العقد، وحالة الشك فى التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

٣٨٩- وضوح عبارة العقد:

اذا كانت العبارة واضحة وجب أن تعد تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولا يجوز الإنحراف عن هذه العبارة عن طريق التفسير أو التأويل، بل يجب إفتراض أن هذه العبارة الواضحة معبرة لحقيقة ارادة المتعاقدين الباطنة.

ولكن قد تكون عبارة العقد، بالرغم من وضوح لفظها، مخالفة للإرادة الباطنة، ويحدث ذلك اذا أساء المتعاقد تخير اللفظ، بأن اعتقد خطأ أنه يؤدى إلى المعنى الذى قصده، ولا يتنبه إلى خطئه إلا عند تنفيذ

العقد، فيثور النزاع بينه وبين العاقد الآخر على حقيقة المقصود من عبارة العقد، وفى هذه الحالة يتعين على القاضى اذا طرح عليه النزاع ألا يقف عند المعنى الحرفى للفظ، بل يجب عليه البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لتفسير العقد على هداها، وعلى هذا نصت صراحة المادة ٣٦٦ موجبات.

٣٩٠- غموض عبارة العقد:

إذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهمة بحيث تحتمل، فى جزئياتها أو فى جملتها، أكثر من معنى تعين الالتجاء إلى التفسير. ومن العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تفسير العقد ما أشار إليه المشرع المصرى فى المادة ٢/١٥٠ مدنى من وجوب الاستهداء بطبيعة التعامل، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات.

فأما طبيعة التعامل فيقصد به نوع العقد وطبيعته، وأما الأمانة والثقة فيقصد بهما شرف التعامل فى تفهم كل متعاقد للتعبير عن الارادة الصادر من المتعاقد الآخر، فلا يجوز لأحد المتعاقدين إذا إستبان ما فى تعبر المتعاقد الآخر من خطأ أو لبس أو قصور أن يستغل هذا النقص فى تحقيق فائدة لا حق له فيها، وأما عرف التعامل فالإعتداد به فى تفسير العقد راجع إلى أفتراض علم المتعاقدين به، وأن السكوت عن ذكر ما يخالفه قرينة على إنصراف نيتهما إلى العمل بمقتضاه.

وبجانب العوامل السابقة أشار المشرع اللبنانى إلى عوامل أخرى وهى أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا (م٣٦٨ موجبات)، وأنه إذا تحملت عبارة واحدة أكثر من معنى فيجب إستبعاد المعنى الذى يجردها من الأثر القانونى (م ٣٦٧ موجبات).

أخيراً يجوز للقاضى أن يتسعين فى تفسير العقد بالظروف التى أحاطت بالتعاقد، وبالطريقة التى أخذ بها المتعاقدان فى تنفيذ العقد.

٣٩١- حالة الشك في التعرف علي الارادة المشتركة:

إذا تعذر على القاضى التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالرغم من اعمال قواعد التفسير السابقة الذكر، تعين عليه فى هذه الحالة تفسير الشك فى مصلحة المدين (م ١٥١/١ مدنى و ٣٦٩ موجبات).

ويمكن رد هذه القاعدة إلى أن الأصل هو براءة الذمة، فإذا إدعى الدائن ما يخالف هذا الأصل تعين عليه إثبات إدعائه باقامة الدليل على وجود الدين، وعلى مدى التزام المدين.

وهذه القاعدة واجبة الإتباع ولو كان العقد من العقود التبادلية، لأن على كل طرف إثبات الشرط الذى يدعى أنه فى مصلحته.

٣٩٢- التفسير في عقود الإذعان:

إذا كانت القاعدة فى حالة الشك فى التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، هو تفسير الشك فى مصلحة المدين، إلا أنه فى عقود الإذعان، يتعين تفسير الشك فى مصلحة الطرف المذعن دائناً كان أم مديناً (م١٥١/٢ مدنى)، لأن الشروط الغامضة ليست من عمله بل من عمل الطرف الآخر الذى يملى إرادته ويفرض شروط التعاقد، فإذا كان فيها لبس أو ابهام فمن العدل أن يتحمل هذا الأخير نتيجة تقصيره فى إيضاح شروط العقد.

المبحث الثاني
تحديد مضمون العقد

٣٩٣- إستكمال العقد:

بعد أن يفرغ القاضى من تفسير العقد، ينتقل إلى تحديد مضمونه

وتحديد مضمون العقد لا يقتصر على ما ورد فى العقد وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل يتناول كذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد، والى هذا أشارت المادتان ٩٥ و١٤٨ من التقنين المدنى المصرى، والمواد ٢٢١ و ٣٧٠ و ٣٧١ من قانون الموجبات اللبنانى.

وبإستقراء أحكام هذه المواد يتبين أنه يرجع فى إستكمال ما نقص من مضمون العقد إلى طبيعة الالتزام، والقانون، والعرف، والعدالة.

٣٩٤- طبيعة الالتزام:

يرجع إلى طبيعة الالتزام لتحديد مضمونه، فمثلا فى بيع العقار يعتبر من مستلزمات المبيع مفاتيح المنزل ومستندات التمليك والحقوق والدعاوى المرتبطة به، كحقوق الإرتفاق المقررة له.

وفى بيع المنقول نجد تطبيقات عديدة لما يعتبر من مستلزمات الشئ وفقاً لطبيعته، فمثلاً بيع جواد أصيل من نتاج فحل مشهور يشمل الأوراق المثبتة لصحة سلالته، وبيع شهادة الإختراع يتضمن إطلاع المشترى على أسرار إستعماله، وبيع الأسهم والسندات يشمل قسائم الأرباح والفوائد، وبيع مكتب من مكاتب الأعمال أو من مكاتب المحاماة يشمل كافة المستندات وملفات القضايا حتى التى صدرت فيها أحكام نهائية ... وهكذا.

٣٩٥- القوانين المكملة والمفسرة:

قد لا يتناول المتعاقدان بالتنظيم كافة المسائل التى يتطلبها التعاقد، وفى هذه الحالة يتعين على القاضى الرجوع إلى القواعد المكملة أو المفسرة التى أوردها فى موضوع العقد بإعتبار أن إرادة المتعاقدين قد إتجهت إليها بسكوتهما عن ذكر ما يخالفها. من ذلك ما نص عليه المشرع

فى شأن مكان وزمان تسليم المبيع، ومكان وزمان الوفاء بالثمن، وما يرجع به المشترى على البائع اذا ظهر عيب خفى فى المبيع ... هكذا.

٣٩٦- العرف:

كثيراً ما يساعد العرف على تحديد مضمون الالتزام، من ذلك ما جرى به العرف فى شأن التعامل مع بعض المحلات العامة كالفنادق والمقاهى والمطاعم من اضافة نسبة مئوية إلى قائمة الحساب مقابل الخدمة. فهذا الذى جرى به العرف يؤخذ فى تحديد مضمون التزام العميل ولو لم يذكر له، كذلك فيما يتعلق ببيع المعدودات فتعتبر المائه حبة مائة وعشرة.

٣٩٧- العدالة:

تعتبر قواعد العدالة الملاذ الأخير للقاضى فى تحديد مضمون الإلتزام إذا لم تسعفه فى ذلك أحكام القانون أو العرف، من ذلك ما قرره القضاء من وجوب التزام العامل بالمحافظة على أسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل، وما قرره فيما يتعلق بعقود نقل الأشخاص من تضمين هذه العقود لالتزام ضمان السلامة.

المبحث الثالث
إحترام قانون العقد

٣٩٨- منهج البحث:

يقصد بإحترام قانون العقد مراعاة حسن النية فى تنفيذ ما يرتبه من التزام، والوفاء بكل مضمون الإلتزام، والنتيجة الطبيعة لهذا المبدأ هى حرمان المتعاقد من الإنفراد بنقض أو تعديل العقد، بل وحرمان القاضى

كذلك من المساس بمضمون العقد. غير أن هذه القاعدة يرد عليها إستثناء خاص بما يسمى بنظرية الظروف الطارئة.

وعلى ذلك سنتكلم أولاً فى القاعدة العامة فى شأن قانون العقد، ثم فى الإستثناء أى فى نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول

القاعدة العامة في شأن قانون العقد

٣٩٩- مضمون القاعدة:

تنص المادة ١٤٧/ ١ مدنى على أن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون». وتقضى المادة ١٤٨/ ١ مدنى بأنه «يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية»[1].

وظاهر من هاتين المادتين أن القاعدة هى وجوب النزول على حكم قانون العقد فى تنفيذ ما اشتمل عليه، ويكون ذلك: أولا عن طريق امتناع كل طرف من طرفيه عن التصدى للعقد بالنقص أو التعديل، وثانيا بمراعاة حسن النية فى تنفيذ ما رتبه من التزامات.

٤٠٠- إلتزام قانون العقد في عدم جواز نقضه أو تعديله إلا بالإتفاق:

العقد وليد الإتفاق وعلى ذلك لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق

---

(١) راجع المواد ٢٢١ و ٢٤٥ و٢٤٦ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى.

آخر، أو بعبارة أخرى أنه ليس لأحد المتعاقدين أن يتسقل بنقض العقد أو تعديله الا أن يكون قد أذن في ذلك من المتعاقد الآخر أو من المشرع فى الحالات الخاصة التى يحددها بنص صريح، من ذلك جواز رجوع الواهب فى الهبة اذا رزق ولدا (م٥١٠ /جـ مدنى و٣/٥٢٤ موجبات).

وقاعدة إحترام قانون العقد لا تلزم المتعاقدين فقط، بل والقاضى كذلك، فليس للقاضى أن يخرج على قانون العقد فينقض ما اتفق عليه المتعاقدان أو يعدل فى مدى إلتزاماتهم إلا فى الحالات الخاصة التى أجاز له المشرع فيها ذلك.

٤٠١- مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد:

تخضع العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بانعقادها أو تحديد مضمونها أو كيفية تنفيذها لمبدأ حسن النية، ولذا يعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية فى القانون الحديث. واحترام هذا المبدأ لا يفرض على المدين فقط فى تنفيذ التزامه، بل وعلى الدائن فى اقتضاء حقه، فمما يتعارض مع مبدأ حسن النية أن يتعمد الدائن عدم إستيفاء الدين حتى يستمر سريان الفوائد فى ذمة المدين، وفى هذه الحالة من الممكن أن يرد عليه قصده عن طريق الالتجاء إلى إجراءات العرض الحقيقى والإيداع.

المطلب الثاني

نظرية الظروف الطارئة

٤٠٢- الحاجة إلي النظرية:

يتعرض المدين إذا لم يكن العقد واجب النفاذ حال إنعقاده، إلى إحتمال تغير ظروف التعاقد عند التنفيذ عما كانت عليه وقت الإنعقاد، وهذا الإحتمال كما قد يكون نافعاً له قد يكون ضاراً به، كما لو كان

العقد من عقود التوريد فإرتفعت الأسعار لظرف طارئ كالحرب مثلاً بحيث أصبح السعر الذى يحصل به المدين على السلعة الملزم بتوريدها أكبر من السعر الذى يبيع به فى عقد التوريد. ونفس هذا الإحتمال كما قد يوجد فى جانب المدين قد يوجد فى جانب الدائن، كما لو كان العقد من عقود الإيجار الطويل المدة وانخفض سعر العملة، فأصبحت الأجرة المتفق عليها لا تكفى لتغطية مصاريف صيانة العين المؤجرة، وطبيعى أنه فى الحالتين سيضار المتعاقد، فرفعاً لهذا الضرر إتجه الفكر القانونى إلى ايجاد نظرية الظروف الطارئة والتى من شأنها رد الإلتزام المرهق بسبب تغيير الظروف إلى الحد المعقول.

٤٠٣- شروط الأخذ النظرية:

تنص المادة ٢/١٤٧ مدنى على أنه «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

وظاهر من هذا النص أن لنظرية الظروف الطارئة شروط معينة ينبغى توافرها لكى يطبق حكمها، وهذه الشروط هى:

الشرط الأول: أن يكون العقد المراد إعمال النظرية فى شأنه من العقود المتراخية التنفيذ، سواء كان العقد من أصل طبيعته من عقود المدة أى من العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ، أم كان من العقود الفورية ولكن كان تنفيذه مؤجلا[1].

---

(١) لا تنصرف هذه النظرية إلى عقد القرض (م ١٣٤ مدنى).

الشرط الثاني: أن يطرأ بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه حادث إستثنائى عام كحرب أو ثورة أو زلزال أو إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة أو إلغاؤها ... الخ. وعلى هذا لأساس يجب إستبعاد الظروف الخاصة بالمدين كمرضه أو افلاسه.

الشرط الثالث: أن يكون الحادث الإستثنائى العام غير متوقع وغير مستطاع دفعه.

الشرط الرابع: أن يؤدى الحادث المفاجئ إلى جعل الإلتزام مرهقاً للمدين دون أن يصل الأمر إلى حد إستحالة تنفيذه.

٤٠٤- سلطة القاضي وفقاً لهذه النظرية:

اذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة جاز للقاضى تعديل العقد، والتعديل يكون برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولا قيد على القاضى فى تخير نوع التعديل، فقد يرى إنقاص الإلتزام المرهق أو زيادة الإلتزام المقابل بما يؤدى إلى توزيع الخسارة بين الدائن والمدين، وقد يكون أيضاً بوقف تنفيذ العقد بعض الوقت لأن الحادث المفاجئ مقدر له الزوال فى زمن قريب، بشرط ألا يكون فى وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن.

الفرع الثاني
جزاء عدم التنفيذ
أو
المسئولية العقدية

٤٠٥- أركان المسئولية:

المسئولية القعدية هى جزاء عدم تنفيذ العقد. وتنفيذ العد تنفيذاً

عينيا واجب إذا كان ذلك ممكناً وطلبه الدائن، كما لو كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود.

غير أنه فى بعض الأحيان قد لا يكون تنفيذ الإلتزام عيناً من الأمور الممكنة، وذلك إما لهلاك محله إذا كان إلتزاماً بإعطاء شئ، أو لضرورة قيام المدين به طواعية إذا كان إلتزاما بعمل، أو لسبق وقوع المخالفة إذا كان التزاما بامتناع عن عمل. وفى جميع هذه الصور لا يكون أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية. ولكن لكى تقوم هذه المسئولية لابد من توافر أركان ثلاثة هى: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

٤٠٦- الخطأ:

يتوافر الخطأ إذا كان عدم تنفيذ الإلتزام راجعاً إلى فعل المدين. ونسبة واقعة عدم التنفيذ إلى فعل المدين هى بيت القصيد فى مشكلة إثبات الخطأ العقدى. ويتعين هنا التفرقة بين الإلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام ببذل عناية.

ففى النوع الأول يكفى أن يثبت الدائن عدم تحقق النتيجة حتى يفترض أن ذلك يرجع إلى خطأ المدين، كأن يثبت العميل عدم وصول البضاعة فى الموعد المتفق عليه.

وفى النوع الثانى يجب على الدائن إثبات أن المدين لم يبذل فى تنفيذ التزامه العناية الكافية، وتقاس هنا بعناية الشخص العادى، كعدم عناية المودع عنده بالوديعة فان أثبت ذلك قام الدليل على خطأ المدين.

لابد من أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن حتى يكون له الحق فى التعويض. والضرر قد يكون مادياً يصيب الانسان فى جسمه أو ماله، وقد يكون أدبياً يصيب الشخص فى مشاعره، كالألم الذى يصيب الشخص من جراء فقد عزيز عليه، أو من جراء خدش شرفه.

والضرر يجب أن يكون محققاً، وهو يكون محققاً إذا كان حالاً أى وقع فعلا، أما إذا كان مستقبلاً، فقد يكون محقق الوقوع وقد يكون محتملاً، فان كان محتملاً فلا يجوز طلب التعويض عنه فى الحال.

ويتصل بالضرر المحتمل ما يسمى بفوات الفرصة، كما لو قصر أحد المحامين فى رفع إستئناف عن حكم فى الميعاد، فضاعت على موكله فرصة كسب القضية. وفى هذه الصورة إذا كان موضوع الفرصة أمراً إحتمالياً بالنسبة للموكل، إلا أن تفويت الفرصة نفسها ضرر محقق، ولذا يتعين التعويض عن فواتها، ويراعى فى تقدير هذا التعويض مدى إحتمال كسب القضية.

٤٠٨- علاقة السببية:

لا يكفى لقيام المسئولية توافر الخطأ والضرر، بل لابد من وجود علاقة سببية بين الإثنين، أى أن يكون الضرر نتيجة للخطأ، لأنه قد يحدث أن يقع الخطأ وأن يقع الضرر، ولكن لا يكون الضرر راجعاً إلى الخطأ بل إلى أمر كالقوة القاهرة أو فعل الغير الذى لا يسأل عنه المدين، وفى مثل هذه الحالة تنتفى مسئولية المدين.

الفرع الثالث

زوال الرابطة التعاقدية

٤٠٩- أسباب زوال الرابطة التعاقدية:

تزول الرابطة التعاقدية بالإنقضاء كما لو كان العقد من عقود المدة كالايجار وانقضت المدة، أو بالإبطال كما لو كان العقد مشوباً بعيب من عيوب الارادة وحكم ببطلانه، أو بالرجوع كما لو كان لأحد المتعاقدين العدول عن العقد كما فى الهبة، أو بالفسخ كما لو إمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزامه فيكون للمتعاقد الآخر طلب الفسخ.

وسنتناول فيما يلى بحث فسخ العقد، ثم إنفساخ العقد وما ينبنى عليه من تحمل التبعة، وأخيراً الدفع بعدم التنفيذ.

المبحث الأول

فسخ العقد

٤١٠- التعريف بالفسخ:

الفسخ هو حق كل متعاقد فى العقود الملزمة للجانبين فى أن يطلب حل الرابطة التعاقدية اذا قصر المتعاقد الآخر فى تنفيذ التزامه (م١٥٧ مدنى و ٢٤١ موجبة). ذلك أن للمتعاقد أن يطالب بالتنفيذ العينى إذا كان ممكناً أو أن يطالب بفسخ العقد، أو أن يطالب بالتعويض على أساس المسئولية العقدية.

وسنتناول فى دراستنا للفسخ البحث فى شروطه، وكيفية تقريره، وآثاره.

المطلب الأول
شروط الفسخ

٤١١- بيان الشروط:

لا يقع الفسخ إلا إذا توافرت شروط ثلاثة وهى: أولاً- أن يكون العقد من العقود التبادلية. ثانياً- ألا يكون طالب الفسخ مقصراً فى تنفيذ إلتزامه وأن يكون قادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. ثالثاً- أن يكون الطرف الآخر قد تخلف عن تنفيذ إلتزامه.

٤١٢- الشرط الأول - أن يكون العقد من العقد التبادلية:

يجب أن يكون العقد من العقود التبادلية، لأن كل طرف فى العقد التبادلى جعل من الإلتزام المقابل غرضاً أى سببا لإلتزامه وهذا السبب لا يكون فى وجود الإلتزام المقابل بقدر ما يكون فى تنفيذه، وعلى ذلك إذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه جاز للطرف الآخر إما طلب التنفيذ للحصول على مقابل التزامه، وإما طلب الفسخ لاعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد[١].

٤١٣- الشرط الثاني - ألا يكون طالب الفسخ مقصراً في تنفيذ إلتزامه وان يكون قادراً علي اعادة الحالة إلي ما كانت عليه قبل التعاقد:

يشترط فى العاقد الذى يطالب بفسخ العقد ألا يكون مقصراً فى تنفيذ إلتزامه،بأن يكون قد وفى به أو بالأقل مستعداً للوفاء به، لأن الفسخ

---

(١) تنص المادة ١٥٧/١ مدنى على انه «فى العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض».

جزاء على عدم تنفيذ العقد فلا يطالب به إلا من إنتفى التقصير من جانبه.

كذلك يشترط فى طالب الفسخ أن يكون قادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، لأن للفسخ كما سنرى أثر رجعى يرد به كل متعاقد إلى وضعه السابق على التعاقد، فاذا لم يكن فى وسع العاقد تحقيق هذا الأثر إمتنع عليه المطالبة بالفسخ.

٤١٤- الشرط الثالث- أن يكون أحد العاقدين قد تخلف عن تنفيذ إلتزامه:

يشترط أخيراً لطلب الفسخ أن يكون عدم تنفيذ الإلتزام راجعاً إلى فعل المدين، لأن الفسخ كما سبق أن ذكرنا جزاء على إخلال العاقد بإلتزام، وعلى ذلك إذا كان عدم التنفيذ ليس راجعاً إلى فعل المدين بل راجعاً إلى سبب أجنبى كقوة قاهرة فلا نكون أمام فسخ للعقد بل أمام انفساخ له.

ولكن لا يشترط لطلب الفسخ أن يكون المدين قد قصر فى الوفاء بجميع إلتزاماته، بل للدائن طلب الفسخ ولو كان عدم التنفيذ جزئياً، كإمتناع البائع عن تسليم ملحقات المبيع مثلا.

المطلب الثاني

كيفية تقرير الفسخ

٤١٥- الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي:

الأصل فى الفسخ أن يكون قضائياً أى لا يقع إلا إذا قضت به المحكمة، غير أنه يجوز للمتعاقدين الإتفاق على وقوع الفسخ إذا أخل

أحدهما بتنفيذ التزاماته، وعلى ذلك سنتناول بالدراسة أولا الفسخ القضائى ثم الفسخ الاتفاقى.

١ - الفسخ القضائي

٤١٦ - كيف يتقرر الفسخ القضائي:

لا يجوز للدائن أن يطالب بالفسخ إلا بعد إعذار المدين مطالباً إياه بالتنفيذ، وفائدة الإعذار هو اثبات تقصير المدين فى الوفاء بإلتزامه مما قد يحمل القاضى على الاستجابة، إلى طلب الفسخ. ويتم الإعذار وفقاً لحكم المادة ٢١٩ مدنى إما بالإنذار وهو ورقة رسمية من أوراق المحضرين أو بما يقوم مقام الانذار، وفيما يتعلق بدعوى الفسخ، يعتبر رفع الدعوى إعذاراً كافيا.

٤١٧ - سلطة القاضي في دعوي الفسخ:

لا يلزم القاضى بإجابة الدائن إلى طلب الفسخ، بل ان للقاضى سلطة تقديرية فى هذا الشأن (م١٥٧/٢ مدنى و ٣/٢٤١ موجبات)، فقد يرى عدم فسخ العقد لأن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى جملة الالتزام، وقد يرى إمهال المدين للوفاء بإلتزامه اذا لم يكن فى ذلك ضرر جسيم للدائن. وأخيراً قد يرى فسخ العقد دون حاجة إلى إمهال، كما لو كان إلتزام المدين إلتزاماً بإمتناع عن عمل وخالفه المدين.

٤١٨ - حق الدائن في العدول عن الفسخ وحق المدين في اتقاء الحكم به:

لا يتقيد الدائن بدعوى الفسخ التى رفعها، بل له أن يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، كما أن له إذا طلب التنفيذ فى أول الأمر أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ.

كذلك للمدين إلى أن يصدر الحكم النهائى بالفسخ، الحق فى توقى الفسخ بتنفيذ التزامه، ولا يتبقى فى هذه الحالة إلا بحث ما إذا كان هناك محل للحكم عليه بالتعويض.

٢- الفسخ الاتفاقي

٤١٩- الشرط الفاسخ الصريح:

يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم وفاء المدين بإلتزامه، وهذا الإتفاق لا يعفى من الإعذار الا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (م١٥٨ مدنى و ٤/٢٤١ موجبات). ويعرف هذا الشرط بإسم الشرط الفاسخ الصريح.

والشرط الفاسخ الصريح يؤدى إلى حرمان القاضى من سلطته التقديرية، فلا يستطيع امهال المدين المتخلف عن تنفيذ إلتزامه، ولا يملك إلا الحكم بالفسخ. كذلك يؤدى هذا الشرط إلى حرمان المدين من تفادى وقوع الفسخ بعرض تنفيذ الإلتزام بعد رفع الدعوى.

المطلب الثالث

آثار فسخ العقد

٤٢٠- آثار فسخ العقد فيما بين المتعاقدين:

يترتب على فسخ العقد إعتباره كأن لم يكن، ولذا يجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد بأن يرد كل منهما ما تسلمه بموجب العقد، فإن عجز عن ذلك حكم عليه بالتعويض (م ١٦٠ مدنى و ٢٤٢ موجبات).

فاذا كان العقد بيعاً مثلاً وفسخ، وجب إعمالا للأثر الرجعى للفسخ أن يرد المشترى المبيع وثماره إلى البائع، وأن يرد البائع إلى المشترى الجزء المدفوع من الثمن وفوائده القانونية من وقت المطالبة القضائية.

أما إذا كان العقد من عقود المدة كالإيجار فلا يتصور إسترجاع ما تم تنفيذه منه، ولذا ليس للفسخ بالنسبة لهذا النوع من العقود أى أثر رجعى، ولهذا السبب يقال أن عقود المدة لا يرد عليها الفسخ بل الإنهاء.

٤٢١- آثار فسخ العقد بالنسبة إلي الغير:

لا يترتب على الفسخ محو آثار العقد فيما بين المتعاقدين فقط، بل بالنسبة إلى الغير أيضاً. ففى البيع مثلاً يعتبر المشترى بفعل الأثر الرجعى للفسخ كأن لم يكن مالكاً أبداً للمبيع، وعلى ذلك يعود المبيع إلى البائع خاليا من الحقوق التى رتبها المشترى عليه، لأن الشخص لا يستطيع أن يعطى الغير ما لا يملك. غير أنه استثناء من هذا الحكم قد تبقى هذه الحقوق ولا تتأثر بالفسخ فى حالات معينة منها:

أولا- إذا كان الغير الذى قرر له المشترى حقا عينياً على المبيع شخصا حسن النية وشهر حقه وفقاً للقانون، كالدائن المرتهن مثلا[1].

ثانيا- إذا كان فى إستطاعة الغير دفع دعوى البائع بتملك المبيع بالتقادم، أو بقاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية سند الملكية.

---

(١) راجع المادة ١٠٣٤ مدنى والمادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى المصرى.

المبحث الثاني
إنفساخ العقد وتحمل التبعة

٤٢٢- إنفساخ العقد:

رأينا أنه إذا قصر أحد المتعاقدين فى تنفيذ إلتزامه جاز للمتعاقد الآخر طلب الفسخ. غير أنه إذا كان عدم التنفيذ ليس راجعاً إلى تقصير المدين بل إلى سبب أجنبى لا يد له فيه فان العقد ينفسخ بقوة القانون (م ١٥٩ و ٣٧٣ مدنى و٢٤٣ موجبات).

وإنفساخ العقد يختلف عن فسخه فى عدة أمور هى:

أولا- لا محل فى الإنفساخ إلى إعذار المدين، لأن الإعذار لا يتطلب إلا إذا كان التنفيذ ممكنا، على حين أن الإلتزام بحسب الفرض قد إستحال تنفيذه.

ثانيا- لا وجه للرجوع على المدين بالتعويض لأن عدم التنفيذ ليس راجعا إلى تقصيره.

ثالثا- لا داعى كمبدأ عام إلى الإلتجاء إلى القضاء لأن الإنفساخ يقع بقوة القانون، ولو أن العمل قد يجرى على غير ذلك خصوصا إذا ترتب على السبب الأجنبى إستحالة التنفيذ استحاله جزئيه.

٤٢٣- تحمل المدين تبعة الإستحالة:

يترتب على إنفساخ العقد بقوة القانون لإستحالة تنفيذ إلتزام المدين لسبب أجنبى إنقضاء هذا الإلتزام وإنقضاء الإلتزام المقابل له تبعاً لذلك، ومعنى ذلك أن المدين كالبائع وقد إستحال عليه تنفيذ إلتزامه بتسليم

المبيع، لا يستطيع مطالبة الدائن وهو المشترى بتنفيذ ما تعهد به (أى بدفع الثمن)، وبذا يتحمل البائع وهو المدين بالتسليم تبعة إستحالة تنفيذ إلتزامه فى العقود التبادلية، أى يتحمل تبعة هلاك المبيع.

المبحث الثالث

الدفع بعدم التنفيذ

٤٢٤- فكرة الدفع بعدم التنفيذ:

يجوز لكل متعاقد فى العقود التبادلية بدلاً من طلب فلسخ العقد لعدم وفاء العاقد الآخر بالتزاماته، أن يوقف تنفيذ التزامه حتى ينفذ الإلتزام المقابل له، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، وهو وسيلة يلجأ إليها العاقد فى العقود التبادلية للضغط على العاقد الآخر وحمله على تنفيذ التزامه دون حاجة إلى الترافع إلى القضاء.

٤٢٥- شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

يستخلص من الأحكام التى أوردها المشرع فى شأن الدفع بعدم التنفيذ (م١٦١ و ٢٤٦ – ٢٤٨ مدنى و٢٧٤–٢٧٢ موجبات) أنه يجب للتمسك بهذا الدفع توافر عدة شروط هى: أولاً – أن يكون العقد من العقود التبادلية. ثانياً – أن تكون الإلتزامات المتقابلة الناشئة عن هذا العقد مستحقة الأداء. ثالثاً– مراعاة حسن النية عند التمسك بالدفع.

٤٢٦- أن يكون العقد من العقود التبادلية:

يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين، فإذا جاوزنا نطاق هذه العقود فلا يكون هناك محل للتمسك بهذا الدفع بل للتمسك بالحق فى الحبس.

والحق فى الحبس مؤداه أن لكل من التزام بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الطرف الآخر لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه ومرتبط به. ويعتبر الدفع بعدم التنفيذ صورة من صور الحق فى الحبس فى نطاق العقود التبادية.

٤٢٧- ان تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء:

يفترض الدفع بعدم التفيذ وجود إلتزامات مدنية استحق اداؤها فى نفس الوقت، أى تعاصر تنفيذها. ففى البيع مثلاً لا يجوز للبائع أن يتمسك بالدفع بعدم التفنيذ وأن يحبس المبيع عن المشترى إلا إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع ولم يدفع.

كذلك لا يجوز للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان يستخلص من طبيعة العقد أو من العرف أن التزامه واجب الأداء قبل تنفيذ الالتزام المقابل، كما هو الشأن بالنسبة للعامل أو صاحب الفندق، فإلتزام العامل واجب الأداء قبل إلتزام رب العمل، وإلتزام صاحب الفندق واجب الأداء قبل التزام التنزيل، ولذا لا يجوز لأيهما التمسك مسبقا بالدفع بعدم التنفيذ.

وإذا تعاصر تنفيذ الإلتزامين المتقابلين وتمسك كل منهما بالدفع بعدم التنفيذ، حكم القاضى على كل منهما بإيداع ما التزم به فى خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث.

٤٢٨- مراعاة حسن النية في التسمك بالدفع بعدم التنفيذ:

يجب على المتعاقد الذى يتمسك بالدفع بعدم التنفيذألا يسئ إستعمال هذا الدفع لأن القاعدة هى وجوب مراعاة حسن النية

عند تنفيذ العقد (م١٤٨/ ١ مدنى)، وعلى ذلك لا يجوز لمتعاقد أن يتسمك بهذا الدفع إذا كان هو المتسبب فى عدم تنفيذ الالتزام المقابل، أو إذا كان ما لم ينفذ من الإلتزام المقابل هو جزء يسير بالنسبة إلى جملة الالتزام.

٤٢٩- آثار الدفع بعدم التفنيذ فيما بين المتعاقدين:

لا يترتب على الدفع بعدم التنفيذ إذا توافرت شروطه إنقضاء الإلتزام، بل وقف تنفيذه. ووقف التنفيذ لا يؤثر على مقدار الإلتزام إذا كان العقد من العقود الفورية كالبيع، أما إذا كان من عقود المدة كالإيجار أو من العقود المستمرة التنفيذ كعقود توريد الغاز أو النور فإنه يترتب على وقف تنفيذه نقص فى كم الإلتزام بمقدار مدة الوقف.

والدفع بعدم التفيذ إذا كان لا يخول الدائن حق إمتياز على الشئ محل التزامه، الا أنه يعتبر ضماناً يؤمن الدائن به نفسه ضد خطر إعسار المدين.

٤٣٠- آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة إلي الغير:

لا يحتج بالدفع بعدم التنفيذ فى مواجهة العاقد فقط، بل وكذلك فى مواجهة الغير، فللبائع مثلاً أن يحتج بحقه فى حبس المبيع ليس فقط قبل المشترى، بل وكذلك قبل دائنى المتشرى.

٤٣١- إنقضاء الدفع بعدم التنفيذ:

ينقضى الدفع بعدم التنفيذ لأسباب متعددة منها: هلاك الشئ محل الإلتزام، أو خروج الشئ من تحت الحابس خروجاً إرادياً كما لو

سلم البائع المبيع إلى المشترى، أما اذا خرج من تحت يده خلسة أو غصباً فله استرداده ممن هو فى حيازته اذا طلب ذلك فى خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروجه، وقبل انقضاء سنة من وقت هذا الخروج (م٢٤٨ مدنى و ٢٧٣ موجبات) . كذلك ينقضى الدفع بعدم التنفيذ إذا منح الدائن المدين أجلا جديداً بعد حلول ميعاد الوفاء بالتزامه.

البـــابّ الثاني

بعض أحكام الالتزام

خطة الدراسة

٤٣٢- بيان الموضوعات:

يقصد بدراسة أحكام البحث فى الموضوعات الآتية:

أولا- آثار الإلتزام.

ثانيا - إنتقال الإلتزام.

ثالثا- إنقضاء الإلتزام.

وسنراعى فى دراستنا لهذه الموضوعات الاقتصار على القواعد والأحكام القانونية التى تساعد على تهيئة على تفهم أحكام القانون التجارى.

كذلك سنتوخى فى عرضنا لهذه القواعد والأحكام الإيجاز مع التبسيط والتيسير حتى يسهل على الطالب استيعابها. وقد سبق لنا الإشارة إلى هذه الملاحظة فى أكثر من موضع، ولا نرى مانعا من تكرارها لتحقيق الغرض المقصود منها.

الفصل الأول

آثار الإلتزام

٤٣٣- تقسيم:

أثر الإلتزام هو إنشاء حق للدائن فى مواجهة المدين، ولذا يمكن القول بأن دراسة آثار الإلتزام، هى فى الواقع دراسة لحقوق الدائن قبل مدينه.

ولدراسة هذه الحقوق سنبحث أولاً فى الآثار العامة للإلتزام، وثانياً فى الآثار الخاصة لبعض الالتزامات، وسنتناول فيها الأوصاف المعدلة لأثر الإلتزام.

الفرع الأول

الآثار العامة للإلتزام

٤٣٤- الضمان العام:

أثر الإلتزام كما سبق أن ذكرنا، هو إنشاء حق للدائن قبل مدينه، والذى يضمن هذا الحق هو جميع أموال المدين، وهذا ما يعرف بالضمان العام (م٢٣٤ مدنى) فيستطيع كل دائن أن ينفذ بحقه على أى مال من

الأموال التى تكون مملوكة لمدينه وقت التنفيذ، سواء كان هذا المال من المنقولات أم من العقارات. والأصل أن جميع أموال المدين يجوز التنفيذ عليها إلا ما إستثنى بنص خاص كفراش المدين أو الكتب والأدوات التى يستعملها بنفسه فى عمله.

٤٣٥- خصائص الضمان العام:

يتميز الضمان العام الذى للدائنين، ويطلق عليهم إسم الدائنين العاديين، بخصائص معينة هى:

أولاً- تساوى الدائنين قانونا فى هذا الضمان، فلا يتقدم أحدهم على الآخرين فى استيفاء حقه، إلا إذا كان له حق التقدم على غيره بموجب تأمين خاص كالرهن الرسمى مثلاً، مع ملاحظة أن هذا التقدم قاصر على المال المقرر عليه الرهن فقط.

ثانياً- أن الضمان العام لا يخول الدائن حق تتبع أى مال من أموال المدين إذا خرج من ملكه بالبيع مثلاً، بل يسرى البيع فى مواجهة الدائن، وفى هذا يختلف الضمان العام عن التأمين الخاص كالرهن، فالدائن المرتهن له تتبع العين المرهونة فى أى يد انتقلت اليها.

ثالثا- أن الضمان العام لا يخول الدائن حق التدخل فى إدارة المدين لأمواله.

٤٣٦- وسائل حماية حقوق الدائنين:

لما كان أثر الضمان العام لا يظهر إلا إبتداء من إجراءات التنفيذ، ولما كان هذا الضمان لا يغل يد المدين عن التصرف فى أمواله وادارتها،

رأى المشرع أن يحمى الدائن ضد الاهمال أو الغش الذى قد يقع من مدينه فى الفترة السابقة على التنفيذ، فخوله وسائل عدة يحمى بها حقه ويحافظ بها على ضمانه، من ذلك: الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية ودعوى الصورية، والحق فى الحبس.

٤٣٧- الدعوى غير المباشرة:

يقصد بالدعوى غير المباشرة حق الدائن فى أن يستعمل بإسم مدينه ونيابة عنه حقوق هذا المدين قبل الغير، وبذا يستطيع المحافظة على ضمانه العام والتغلب على اهمال المدين أو غشه الذى يقصد به إضعاف هذا الضمان (م٢٣٥ مدنى و٢٧٦ موجبات).

ولا يشترط أن يتم استعمال حقوق المدين عن طريق المطالبة القضائية بها، فقد يستعمل الدائن حق المدين بغير طريق الدعوى، كما لو قام بتسجيل عقد إشترى به المدين عقارا، حتى تنتقل ملكية هذا العقار إلى المدين فيستطيع التنفيذ عليه.

ويشترط لاستعمال هذه الدعوى : ١- أن يكون حق الدائن محققاً أى غير متنازع فيه. ٢- وأن يكون المدين قد قصر فى إستعمال حقه قبل الغير، وكان يترتب على عدم استعمال هذا الحق إعساره أو الزيادة فى إعساره، ولذا لا يجوز للدائن الإلتجاء إلى هذه الدعوى إذا كانت باقى أموال المدين تكفى للوفاء بدينه.

٤٣٨- الدعوى البوليصية:

قد يعمد المدين، إذا ساءت حالته المالية، إلى بيع أمواله الظاهرة، كالعقارات، لكى يخفى ثمنها عن دائنيه، أو يعمد لمجرد النكاية بدائنيه

الى محاباة الغير من أقاربه وأصدقائه بأن يبيعهم ماله بثمن بخس أو يهبه اياهم، أو يجامل أحد دائنيه على حساب الآخرين، بأن يدفع له كامل دينه حتى يفلت من قاعدة قسمة الغرماء. وقد كفل المشرع للدائنين الحماية من هذه التصرفات الضارة بهم، بما قرره لهم من حق الطعن فيها بطلب عدم نفاذها فى مواجهتهم، وسبيلهم إلى ذلك هى الدعوى البوليصية أى دعوى عدم نفاذ التصرف (م٢٣٧-٢٤٣ مدنى و٢٧٨ موجبات).

ويشترط لمباشرة الدعوى البوليصية عدة شروط بعضها يتعلق بالدائن، وبعضها يتعلق بالمدين، وبعضها يتعلق بالتصرف المطعون فيه.

فبالنسبة للدائن يشترط أن يكون حقه مستحق الأداء أى ليس معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، وأن يكون هذا الحق سابقاً على التصرف المطعون فيه حتى يستطيع الإدعاء بأنه عول على المال الذى تصرف فيه المدين لاستيفاء حقه.

وبالنسبة للمدين يشترط أن يكون قد صاحب التصرف الصادر منه غش من جانبه، أى قصد الإضرار بدائنيه، ويعتبر المدين غاشاً إذا صدر منه التصرف وهو عالم أنه معسر (م٢٣٨ مدنى).

ويتطلب القانون اللبنانى شرط الغش سواء كان التصرف الصادر من المدين من قبيل المعاوضات أم من قبيل التبرعات. أما القانون المصرى فيتطلب غش المدين اذا كان التصرف من المعاوضات، أما إن كان من التبرعات فيجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ولو كان المدين حسن النية (لأن دفع الضر مقدم على جلب المنفعة).

وبالنسبة للتصرف المطعون فيه يشترط أن يكون مفقراً أى يؤدى إلى إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره، سواء كان ذلك التصرف قد أنقص

من حقوق المدين كالبيع الصادر منه، أو زاد فى إلتزاماته كالإقتراض من الغير.

٤٣٩- دعوي الصورية:

قد يلجأ المدين فى سبيل تهريب أمواله عن متناول يد دائنيه إلى التصرف فيها تصرفا صوريا بالبيع مثلا، والتصرف الصورى لا وجود له فى الحقيقة لأن المدين البائع لم يتخل عن ملكية المبيع، بل أنه يحتفظ فى مواجهة المشترى الظاهر بما يسمى بورقة الضد، لإثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له وأنه ليس إلا تصرفاً صورياً.

وإذا لم يكن من شأن التصرف الصورى خروج المبيع من ملك المدين، فإن إفتقاره المترتب على هذا التصرف ليس إلا إفتقاراً ظاهرياً، وسبيل الدائن لاثبات هذا الإفتقار الظاهرى هو دعوى الصورية.

ولا يشترط لإستعمال الدائن دعوى الصورية أن يكون حقه مستحق الأداء أو سابقاً على التصرف الصورى المطعون فيه، لأن الدائن لا يقصد من رفع دعوى الصورية إلا تقرير الواقع حماية لمصالحه.

٤٤٠- الحق في الحبس:

يقصد بالحق فى الحبس أن لكل من التزام بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بإلتزام مترتب عليه بسبب إلتزام المدين ومرتبط به (م٢٤٦-٢٤٨ مدنى و٢٧٢-٢٧٤ موجبات). وقد سبق لنا أن تعرضنا لصورة من صور الحق فى الحبس وهى الدفع بعدم التنفيذ.

ويشترط لإستعمال الحق فى الحبس عدة شروط وهى: أولا - وجود

إلتزام على الحابس بأداء شئ كالتزام البائع بتسليم المبيع أو إلتزام المودع عنده برد الوديعة. ثانيا- وجود حق للحابس مستحق الأداء فى ذمة المدين كما لو كان المودع عنده قد صرف مصاريف ضرورية لحفظ الوديعه، فيكون له حبس الشئ المودع حتى يسترد هذه المصاريف من المودع. ثالثاً- أن يكون هناك ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشئ كما فى المثال السابق، وعلى ذلك لا يجوز للمودع عنده حبس الوديعة حتى يسترد من المودع مبلغا كان قد أقرضه إياه لعدم وجود إرتباط بين الأمرين.

٤٤١- تنفيذ الالتزام:

تناولنا الالتزام حتى الآن على أساس أنه رابطة موحدة، غير أن الواقع هو أن الإلتزام يتضمن عنصرين متميزين هما عنصر المديونية وعنصر المسؤولية. ويرتبط العنصران رباط الغاية بالوسيلة، ذلك أن المديونية تفرض على المدين واجب الوفاء كما تفرض على الدائن واجب قبول الوفاء، فإذا وفى المدين باختياره انقضت المديونية، وإن أمتنع ظهر عنصر المسؤولية الذى يمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء.

واذا توافرت المديونية والمسؤولية معا كنا أمام إلتزام مدنى، أما إذا توافرت المديونية دون المسؤولية كنا أمام التزام طبيعى كدين سقط بالتقادم مثلا.

والإلتزام الطبيعى لا يجوز قهر المدين على الوفاء به لتخلف عنصر المسؤولية فيه، غير أنه إذا وفى المدين بإختياره بهذا الالتزام فإنه لا يعد متبرعا. وإذا كان الأمر كذلك فسيقتصر كلامنا بطبيعة الحال على الإلتزام المدنى لأنه هو الذى يتوافر فيه عنصر المسؤولية وهى الأساس فى قهر المدين على التنفيذ.

وستتناول فى دراستنا لتنفيذ الالتزام الكلام فى المسائل الآتية:

أولا – الأعذار.

ثانيا – التنفيذ العينى.

ثالثا – التنفيذ بمقابل.

المبحث الأول

الإعـــذار

٤٤٢ - المقصود بالإعذار:

يقصد بالإعذار وضع المدين موضع المقصر فى تنفيذ إلتزامه باثبات تأخيره فى الوفاء به، ذلك أن مجرد حلول أجل الإلتزام لا يفيد تقصير المدين ما لم يسجله الدائن عليه بالإعذار، والإعذار ضرورى لتنبيه المدين إلى نية الدائن فى الالتجاء إلى التنفيذ الجبرى إذا لم يف بإلتزامه إختيارا، والى هذا أشارت المادة ٢٠٣/١ مدنى.

غير أن بعض التشريعات ومنها قانون الموجبات والعقود اللبنانى قد عدلت عن إشتراط الإعذار، وإفترضت أن المدين يعتبر معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء بالإلتزام دون حاجة إلى أن ينبهه الدائن إلى ذلك.

٤٤٣- شكل الإعذار:

يتخذ الإعذار عادة شكل الإنذار، وهو ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبدى فيها الدائن لمدينه رغبته فى استيفاء حقه.

وكما يتم الإعذار عن طريق الإنذار، يتم كذلك بكل ورقة رسمية تقوم مقام الإنذار كمحضر حجز، والتكليف بالحضور أمام المحكمة.

وإذا كان الأصل أن يتم الاعذار عن طريق الإنذار أو ما يقوم مقامه، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من الخروج على هذا الأصل، لأنه إذا كانت المادة ٢١٩ مدنى تبيح الإتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر، فلا شبهة فى أنها تجيز من باب أولى الاتفاق على أن يتم الاعذار بأى طريق آخر كالإعذار بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو باخطار شفوى، على أن تراعى فى الحالة الأخيرة القواعد العامة فى الاثبات.

٤٤٤- الآثار التي تترتب علي الإعذار:

يترتب على صدور الاعذار فى ميعاده، أى عند حلول أجل الإلتزام أو بعده، وضع المدين موضع المقصر، مما يؤدى إلى النتائج الآتية:

١- يجوز للدائن الشروع فى إجراءات التنفيذ الجبرى أو طلب فسخ العقد.

٢- إنتقال تبعة الهلاك فى العقود الملزمة لجانب واحد من الدائن إلى المدين. فمثلا فى الوديعة غير المأجورة إذا إستحال على المدين أى المودع عنده تنفيذ التزامه بالرد لسبب أجنبى كهلاك الشئ بقوة قاهرة، إنقضى هذا الالتزام، وتحمل المودع أى الدائن تبعة الهلاك. ولكن إذا فرض وكان المودع قد أعذر المودع عنده برد الوديعة قبل وقوع الهلاك، ترتب على هذا الإعذار إنتقال تبعة استحالة تنفيذ الإلتزام من الدائن إلى المدين (م٢٠٧/١ مدنى).

٣- إستحقاق التعويض عن التأخير فى الوفاء (م٢١٨ مدنى)، لأنه بصدور الإعذار يفترض وقوع الضرر الناشئ عن التأخير فى التنفيذ.

٤٤٥- الحالات المستثناة من ضرورة الإعذار:

يستثنى من ضرورة الإعذار فى القانون المصرى حالات معينة يعتبر فيها المدين معذرا بمجرد حلول أجل الوفاء بالإلتزام دون حاجة إلى أى اجراء آخر (م٢٢٠ مدنى)، من ذلك:

١- اذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، كما لو كان محل الإلتزام إمتناعاً عن عمل أتاه المدين.

٢- اذا كان محل الإلتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع، لأنه لا يتصور الاعذار إذا خالف الانسان الإلتزام القانونى العام المفروض على كل شخص بعدم الأضرار بالغير.

٣- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه، والكتابة مشترطة هنا للإثبات، ولذا يقوم مقامها الإقرار أو النكول عن اليمين.

٤- إذا كان محل الإلتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق أو يعلم أنه تسلمه دون حق.

المبحث الثاني
التنفيذ العيني

٤٤٦- الأصل هو التنفيذ العيني:

الأصل فى الوفاء أن يكون بعين ما إلتزم به المدين. ويجب على الدائن أن يطالب به، فان فعل فلا يجوز للمدين أن يمتنع عنه بل يجبر على القيام به اذا كان ذلك ممكنا، فان كان مستحيلاً حكم عليه بالتعويض.

وكما يجوز للدائن المطالبة بالتنفيذ العينى، يجوز كذلك للمدين أن

يعرض القيام به، وفى هذه الحالة يمتنع على الدائن رفضه والمطالبة بالتعويض.

٤٤٧- شروط التنفيذ العيني:

يشترط التقنين المدنى المصرى للمطالبة بالتنفيذ العينى شرطين هما:

الأول – أن يكون التنفيذ العينى ممكنا، والثانى – ألا يكون فيه إرهاق للمدين (م٢١٩و٢٢٠) . أما قانون الموجبات والعقود اللبنانى فلم يشترط لوجوب التنفيذ العينى إلا شرطاً واحداً هو شرط الإمكان، وهو ما يمكن إستخلاصه من المادتين ٢٤٣و٣٤١ .

٤٤٨- أن يكون التنفيذ العيني ممكناً:

يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ العينى، ويجوز للمحكمة أن تقضى به، طالما كان هذا التنفيذ ممكناً، فإن إستحال، وهذه مسألة تتعلق بالوقائع وبظروف كل دعوى، تعين العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل، والاستحالة التى تتكلم عنها هى الاستحالة الراجعة إلى خطأ المدين، لأنه إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى، انقضى الالتزام وامتنع الرجوع على المدين بالتعويض، كما لو هلك الشئ المطلوب تسليمه بفعل القوة القاهرة(م٢١٥ مدنى و٣٤١موجبات) .

وجميع ضروب الإلتزام سواء كانت بإعطاء شئ أو بالقيام بعمل أو بإمتناع عن عمل، من المتصور إستحالة تنفيذها بخطأ المدين، عدا الإلتزام بدفع مبلغ من النقود فلا يتصور استحالته.

٤٤٩- ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين:

قد يكون التنفيذ العينى ممكنا، ولكن فى تحقيقه إرهاق للمدين، وفى هذه الحالة يجوز له أن يستبدل بالتنفيذ العينى التعويض النقدى.

ويتحقق هذا الإرهاق إذا كانت الفائدة التى ستعود على الدائن من التنفيذ العينى لا تتناسب مع الضرر الذى سيصيب المدين منه، وكان فى التعويض النقدى ترضية كافية للدائن، كما لو تعدى شخص عند البناء على شريط رفيع من أرض الجار، فللجار أن يطالب بالتنفيذ العينى أى بالهدم والإزالة، ولكن لما كان فى هذا إرهاق للمدين وهو البانى، لا يتناسب مع الضرر الذى أصاب الدائن وهو صاحب الأرض، فيلجأ القاضى إلى التعويض النقدى بدلا من التنفيذ العينى.

٤٥٠- التهديد المالي أو الغرامة التهديدية:

يجوز حمل المدين على التنفيذ العينى، خاصة فى الأحوال التى تتطلب تدخله الشخصى عن طريق التهديد المالى.

والتهديد المالى يتمثل فى الحكم على المدين بالتنفيذ العينى وبغرامة تهديدية باعتبار كذا عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أى وحدة زمنية أخرى اذا تأخر فى تنفيذ إلتزامه عن ميعاد معين يحدده القاضى.

ولا يقصد من هذه الغرامة تعويض الدائن عن تأخر المدين فى الوفاء، بل يقصد بها إرهاب المدين وحمله على التنفيذ العينى (م٢١٣و٢١٤ مدنى و٢٥١ موجبات).

٤٥١- شروط الحكم بالغرامة التهديدية:

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية توافر شرطين، وهما: ١- أن يكون تنفيذ الإلتزام عيناً لا يزال ممكناً. ٢- أن يكون التنفيذ العينى غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه.

٤٥٢- الشرط الأول - أن يكون في الإمكان تنفيذ الإلتزام عيناً:

تفترض طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية أن يكون هناك إلتزام لا

يزال فى الامكان تنفيذه عينا. فاذا لم يكن هناك إلتزام أصلاً فلا يتصور الحكم بالغرامة التهديدية، وعلى ذلك لا يجوز الإلتجاء إلى التهديد المالى لاجبار أحد الخصوم فى دعوى على الحضور أمام المحكمة لانه ليس ملزماً بالحضور.

على أن وجود الإلتزام لا يكفى لتبرير الحكم بالغرامة التهديدية، بل يجب أن يكون تنفيذه عيناً لا يزال ممكناً، لأن الغرض من التهديد المالى هو الحصول على هذا التنفيذ. وعلى ذلك يمتنع الحكم بالغرامة التهديدية، لفوات الغرض منها، إذا أصبح تنفيذ الالتزام عيناً مستحيلاً، سواء رجعت هذه الإستحالة إلى فعل المدين أم إلى سبب أجنبى، مع ملاحظة أن الاستحالة الراجعة إلى سبب أجنبى من شأنها إنقضاء الإلتزام.

٤٥٣- الشرط الثاني - أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه:

بعض أنواع الالتزام يمكن تنفيذه رغماً عن المدين ودون حاجة إلى تدخله الشخص كما فى الإلتزام بنقل الملكية مثلاً. إلا أن هناك من الالتزامات ما يكون تدخل المدين ضرورياً أو مفيداً لتحقيق التنفيذ العينى، وفيها يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى، من ذلك: الإلتزام بتقديم حساب أو مستندات، والإلتزام بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل ملحوظ فيه شخصية المدين. كتعهد ممثل بالإشتراك فى تمثيلية معينة، أو الامتناع عن الظهور فى عرض مسرحى معين.

وإذا كان يشرط للحكم بالغرامة التهديدية أن يكون تدخل المدين ضرورياً أو ملائماً التنفيذ العينى، إلا أن هناك من الحالات ما يمتنع فيها الإلتجاء إلى التهديد المالى بالرغم من توافر هذا الشرط، من ذلك ما إذا كان فى التهديد المالى ما يمس شخصية المدين المتمثلة فى نتاج فكره. فلو

تعهد مؤلف قبل ناشر بوضع كتاب يقوم الأخير بنشره، ثم أعوز المؤلف الالهام اللازم لتحقيق عمله بما يرضيه، فلا يجوز اجباره عليه عن طريق التهديد المالى.

٤٥٤ - مصير الحكم بالغرامة التهديدية:

الحكم بالغرامة التهديدية يعتبر حكماً وقتياً مصيره إلى التصفية وفقا للموقف النهائى للمدين. فإذا قام المدين بالوفاء بإلتزامه حط القاضى عنه الغرامة، إزاء إستجابته لما أمره به، وألزمه بتعويض عن التأخير، لا أكثر. وإن أصر المدين على عناده وإمتناعه عن التنفيذ العينى، قدر القاضى التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء، وراعى فى تقدير هذا التعويض ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً، بإعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر إحتساب التعويض.

المبحث الثالث

التنفيذ بمقابل

أو

التنفيذ بطريق التعويض

٤٥٥ - حالات التنفيذ بمقابل:

إذا كان الأصل هو التنفيذ العينى، إلا أن هناك من الحالات ما يتعين فيها الإلتجاء إلى التنفيذ بمقابل، وهذه هى:

١– إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً بخطأ المدين. وهذه الاستحالة متصورة بالنسبة لجميع ضروب الإلتزام عدا الإلتزام بدفع مبلغ من النقود.

٢- إذا كان تدخل المدين الشخصى ضروريا أو ملائما لتحقيق التنفيذ العينى، ولم يجد التهديد المالى فى التغلب على تعنته وامتناعه.

٣- إذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن في تحقيقه إرهاق للمدين.

٤- أخيراً إذا كان التنفيذ العينى ممكنا تحقيقه على وجه ملائم دون تدخل المدين، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرض المدين القيام به، ففى هذه الحالة يحل التنفيذ بمقابل محل التنفيذ العينى.

٤٥٦- نوعا التعويض:

إذا لم ينفذ المدين التزامه من الميعاد المحدد له، وعلى النحو المتفق عليه أُلزم بالتعويض. والتعويض على نوعين: تعويض عن عدم التنفيذ، وتعويض عن التأخر فى التنفيذ (م٢١٥ مدنى).

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل محل التنفيذ العينى، ولا يجتمع بداهة معه. أما التعويض عن التأخير فيجتمع مع التنفيذ العينى إذا قام المدين بتنفيذ التزامه متأخراً عن الميعاد المحدد له، كما يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ اذا لم يقم المدين أصلا بما تعهد به.

٤٥٧- كيفية تقدير التعويض:

الأصل فى تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضى، وهذا هو التعويض القضائى، غير أنه بالنسبة لإلتزامات التعاقدية قد يتفق الطرفان مقدما على مقدار التعويض الذى يلتزم به المدين إذا لم ينفذ إلتزامه أو إذا تأخر فى الوفاء به، وهذا هو التعويض الإتفاقى أو الشرط الجزائى، وأخيرا قد يتولى القانون تحديد التعويض الذى يستحق عن التأخر فى تنفيذ الإلتزام، وهذا هو التعويض القانونى أو فوائد التأخير.

المطلب الأول

التعويض القضائي

٤٥٨- التعويض القضائي جزاء المسئولية المدنية:

بحث التعويض القضائى هو فى الواقع بحث للمسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية. وقيام هذه المسؤولية يتطلب توافر أركان ثلاثة هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية، فان توافرت هذه الأركان التزم المدين بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر، والضرر قد يكون مادياً أو أدبياً، والتعويض يتناول كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب.

والتعويض يقدر عادة بمبلغ نقدى، ولو أنه في بعض الحالات قد يكون التعويض غير نقدى، كما هو الشأن فيما تقضى به المحكمة فى دعاوى السب والقذف من نشر الحكم بادانة المسؤول فى الصحف.

المطلب الثاني

التعويض الإتفاقي

أو

الشرط الجزائي

٤٥٩- تعريف الشرط الجزائي:

الشرط الجزائى إتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذى يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين إلتزامه أو إذا تأخر فى تنفيذه، وسمى كذلك لأنه عادة ضمن شروط العقد الأصلى.

وكثيراً ما يصادف الشرط الجزائى فى عقود المقاولة والتوريد والنقل، فيتفق رب العمل مع المقاول على مبلغ معين يدفعه الأخير عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل الذى تعهد به.

٤٦٠- الأغراض التي يستهدفها المتعاقدان من الشرط الجزائي:

يقصد المتعاقدان عادة بالشرط الجزائى تجنب تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة فى تقدير التعويض الذى يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزامه، على أن هذا الغرض قلما أن يتحقق اذ سيكون دائما لأحد الطرفين مصلحة فى المنازعة فى مقدار التعويض المتفق عليه.

كذلك قد يقصد بالشرط الجزائى التحايل على أحكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير، كما قد يقصد به التعديل فى أحكام المسؤولية بالإعفاء أو التحقيق منها اذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيراً عن الضرر المتوقع حصوله، أو بالتشديد فيها إذا كان هذا المبلغ مبالغا فيه.

٤٦١- شروط أعمال الشرط الجزائي:

لما كان المقصود بالتعويض الإتفاقى أن يحل محل التعويض القضائى فانه يتعين لإعمال الشرط الجزائى توافر شروط إستحقاق التعويض وهى: الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وأخيراً الإعذار فى الحالات التى يكون فيها واجباً (م٢٢٣-٢٢٥ مدنى و٢٦٦ و٢٦٧ موجبات).

٤٦٢- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي:

الأصل أنه إذا تحققت شروط الشرط الجزائى، وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع، تعين على القاضى الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، غير أنه استثناء من هذا الأصل أجاز

المشرع فى حالات معينة للقاضى تعديل الشرط الجزائى بالتخفيض أو الزيادة، وهذه السلطة الممنوحة للقاضى لا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص (م٢٢٤/٣مدنى).

٤٦٣- تخفيض الشرط الجزائي:

أجاز المشرع المصرى فى المادة ٢٢٤/٢ من التقنين المدنى للقاضى تخفيض الشرط الجزائى فى حالتين هما:

الأولي - إذا أثبت المدين أن الإلتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه (راجع المادة ٣٦٦/٣موجبات).

الثانية - إذا كان تقدير التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، وعبء اثبات ذلك على المدين كما هو الشأن فى الحالة السابقة. وعلة هذا الإستثناء أنه إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود فيكون المقصود بالشرط الجزائى المبالغ فيه اخفاء فوائد ربوية يتعين تخفيضها إلى الحد القانونى. أما اذا كان محل الإلتزام من غير النقود، فيكون القصد من المبالغة فى الشرط الجزائى أن يكون شرطا تهديدياً، وفى هذه الحالة، يأخذ حكم التهديد المالى، بمعنى أنه يكون للقاضى إعادة النظر فيه وتقدير التعويض المستحق وفقاً للقواعد العامة (راجع المادة ٢٦٦/٢موجبات).

٤٦٤- زيادة الشرط الجزائي:

إذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع، فيكون المقصود به الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن الخطأ العادى، وهو المتصور وقوعه من المدين، فإن تجاوز الخطأ هذه الدرجة، بأن لجأ المدين إلى الغش أو إرتكب خطأ جسيماً – وعلى الدائن إثبات ذلك – وقع الإتفاق

باطلا، وتعين على القاضى تقدير التعويض بما يتفق والضرر اللاحق بالدائن (م٢١٧/٢ مدنى، و٢٦٧ موجبات).

المطلب الثالث
التعويض القانوني
أو
فوائد التأخير

٤٦٥- الإلتزام بدفع مبلغ من النقود:

قد يكون محل الإلتزام مبلغاً من النقود، والخصيصة الجوهرية لهذا النوع من الإلتزام هو قابليته دائما للتنفيذ العينى، وعلى ذلك لا محل فى شأنه للمطالبة بتعويض عن عدم التنفيذ، بل يقتصر الأمر على المطالبة بتعويض عن التأخر فى التنفيذ، ويطلق على التعويض فى هذه الحالة فوائد التأخير.

٤٦٦- نوعان من الفوائد:

بجانب فوائد التأخير التى يلتزم بها المدين إذا قصر فى الوفاء بإلتزامه بدفع مبلغ من النقود فى الميعاد المحدد له، يوجد نوع آخر من الفوائد يمكن أن يسمى بالفوائد الاستثمارية، يلتزم بها المدين فى عقد من عقود المعاوضة. وأكثر ما تصادف هذه الفوائد فى عقد القرض حيث يتفق الدائن مع المدين على دفع فوائد معينة مقابل الانتفاع بمبلغ القرض.

وقد تنقلب الفوائد الإستثمارية التى يلتزم بها المدين حتى حلول أجل الدين، إلى فوائد تأخير إذا قصر بعد حلول الأجل فى الوفاء بالتزامه.

٤٦٧- سعر الفائدة:

حدد المشرع المصرى سعر الفوائد القانونية وهو: ٤ ٪ فى المسائل المدنية و٥ ٪ فى المسائل التجارية (م٢٢٦ مدنى) . أما الفوائد الإتفاقية، إستثمارية كانت أم تأخيرية، فيترك تحديدها لارادة المتعاقدين بشرط ألا يزيد سعرها على ٧ ٪، فإن زاد على ذلك تعين تخفيضها إلى ٧ ٪ وألزم الدائن برد الزيادة التى استولى عليها.

أما فى التشريع اللبنانى فان السعر القانونى للفائدة فى المسائل المدنية هو ٩ ٪، وإذا كان الدين مضمون برهن تأمينى عقارى فيكون السعر ١٢ ٪، ويراعى بالنسبة للفوائد الإتفاقية ألا يزيد سعرها على الحد السابق.

أما فى المسائل التجارية فالسعر القانونى للفائدة هو ٩ ٪ أيضا، ولكن الرأى الغالب أن الفوائد الإتفاقية ليس لها حد أقصى[(١)].

٤٦٨- الربح المركب:

محاربة للربا الفاحش وضع المشرع المصرى أحكاماً خاصة فى هذا الشأن وهى:

أولاً – أن كل عمولة أو منفعة، أياً كان نوعها، إشترطها الدائن، إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى وهو ٧ ٪ تعتبر فائدة مستترة، وتكون قابلة للتخفيض (م٢٢٧ مدنى) .

---

(١) راجع فى هذا الشأن مؤلفنا فى أحكام الالتزام سنة ١٩٧٢ بند ٨٣ وما بعده.

ثانيا – لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية (م٢٣٢)، من ذلك الحساب الجارى اذ يجوز أن يزيد فيه مجموع الفوائد فى نهاية الحساب على مقدار رأس المال.

ثالثا – لا يجوز فى المسائل المدنية تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وهو ما يعرف بالربح المركب، وعلة هذا التحريم أن تجميد الفوائد فيه خطر شديد على المدين، لأنه يؤدى إلى سرعة تضخم الدين، ويكفى لبيان ذلك أن نذكر انه إذا أقرض الدائن مدينة بفائدة ٤ ٪ فان مبلغ الدين يتضاعف فى حوالى ١٩ سنة إذا كان الربح مركباً، على حين أنه لا يتضاعف إلا فى ٢٥ سنة اذا كان الربح بسيطاً (م٢٣٢ مدنى). هذا ويلاحظ أنه يستثنى من قاعدة تحريم الربح المركب ما جرت به القواعد والعادات التجارية، كما هو الأمر بالنسبة إلى الحساب الجارى (م٢٣٣ مدنى).

هذا فى القانون المصرى أما فى القانون اللبنانى فيجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد حتى فى المسائل المدنية بشرط ألا تقل المدة عن ستة أشهر (م٧٦٨ موجبات).

٤٦٩- جواز تخطي حدود الفائدة:

إستثناء من مبدأ التقدير الجزافى الذى تتميز به فوائد التأخير، إتفاقية كانت أم قانونية، يجوز إلزام المدين بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد، وإذا أثبت الدائن أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية (م٢٣١ مدنى و٢٦٥ موجبات).

٤٧٠- جواز تخفيض الفائدة أو إسقاطها:

يقابل الإستثناء السالف الذى يجوز فيه تخطى حدود الفائدة،

إستثناء آخر يجوز فيه تخفيض أو اسقاط الفائدة، وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٢٩ مدنى بقولها «إذا تسبب الدائن، بسوء نية وهو يطالب بحقه، فى اطالة أمد النزاع، فللقاضى أن يخفض الفوائد، قانونية أو اتفاقية، أو لا يقضى بها إطلاقا عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر».

الفرع الثاني

الآثار الخاصة لبعض الإلتزامات

أو

الأوصاف المعدلة لأثر الإلتزام

٤٧١- الإلتزام البسيط والإلتزام الموصوف:

تناولنا فيما تقدم ما يترتب على الالتزام من آثار، وقد إفترضنا فى كل ذلك أن الإلتزام بسيط أى عادى، غير أن الإلتزام قد يتصف به وصف يعدل من آثاره، مما يؤدى إلى تغيير فى القواعد التى تحكم تنفيذه.

فإذا كان الأصل أن ينشأ الإلتزام نهائياً بمجرد تحقق سببه، إلا أنه قد يتوقف وجوده أو زواله على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، وهذا هو الشرط.

وإذا كانت القاعدة أن للدائن أن يقتضى حقه من المدين بمجرد نشوئه، إلا أن إلتزام المدين قد يكون مقترناً بأجل يمنع إقتضاءه فى الحال.

وإذا كانت العادة أن يكون للإلتزام محل واحد، إلا أنه قد يحدث أن يتعدد المحل فيكون الالتزام تخييرياً أو بدلياً.

وإذا كان الغالب أن تنشأ رابطة الالتزام بين شخصين فقط، إلا أنه قد يقع أن يتعدد الطرف الدائن أو الطرف المدين أو الطرفان معاً، ويتحقق ذلك في التضامن بين الدائنين أو بين المدينين، وفي عدم قابلية الإلتزام للإنقسام.

المبحث الأول
الشرط

٤٧٢- التعريف بالشرط وأنواعه:

الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب على وقوعه إما وجود الإلتزام وهذا هو الشرط الواقف، وإما زوال الالتزام وهذا هو الشرط الفاسخ.

فإذا وهب أب لإبنه مالا معيناً إذا تزوج، فلا يوجد إلتزام الأب إلا إذا تزوج الإبن، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، فإن تزوج تحقق الشرط الواقف ووجد الإلتزام.

وإذا وهب شخص آخر مالاً معيناً، على أن يعود إليه هذا المال إذا رزق ولدا، كان إلتزام الواهب معلقاً على شرط فاسخ، فإن تحقق هذا الشرط وهو أمر غير مؤكد، عاد إليه المال الموهوب.

وسواء كان الشرط واقفاً أم فاسخاً فإن أثره يستند إلى الماضي (م٢٧٠ مدني و٨١ موجبات)، بمعنى أنه إذا تحقق الشرط الواقف إعتبر الإلتزام موجوداً لا من وقت تحققه بل من وقت الإتفاق على إنشائه، وإذا تحقق الشرط الفاسخ زال الإلتزام وإعتبر كأن لم يوجد أصلاً.

٤٧٣- الشروط الواجب توافرها في الشرط:

يشترط لصحة الشرط أو بعبارة أخرى يشترط فى الواقعة حتى تصلح كشرط صحيح ما يأتى:

أولا – أن تكون الواقعة أمراً مستقبلاً، أى أن يكون تحققها لاحقاً لإنعقاد العقد، فإذا كانت الواقعة حاضرة أى تتحقق وقت تمام العقد، أو ماضيه أى سبق تحققها وقت إبرام التصرف، فلا تعتبر شرطاً ولو كان المتعاقدان يجهلان أمر تحققها وقت التعاقد (م٣/٨١موجبات).

ثانيا – أن تكون الواقعة أمراً غير محقق الوقوع، وإلا إعتبرت أجلاً لا شرطاً، وعدم التحقق يجب أن يتصرف إلى إمكان الوقوع لا إلى وقت الوقوع، فإن انصرف إلى وقت الوقوع، وكانت الواقعة مؤكدة التحقق كالموت، إعتبر أجلا غير معين تاريخ وقوعه. غير أن تحقق الموت لا يمنع من إعتباره شرطاً يعلق عليه الإلتزام فى بعض الحالات، كما لو علق الإلتزام على وقوع الموت فى خلال مدة معينة أو فى يوم معين، لأنه ليس من المحقق أن يتم الموت فى هذا الموعد.

ثالثا – أن تكون الواقعة أمر ممكناً، لأنه إذا لم تكن ممكنة، أى كانت مستحيلة، تخلفت حقيقة التعليق على الشرط.

والإستحالة قد تكون مادية أى ترجع إلى طبيعة الأشياء، وقد تكون قانونية أى ترجع إلى حكم القانون، وفى الحالتين يجب ألا تكون مطلقة. كالتعهد باعطاء جائزة لمن يكتشف دواء يحيى الموتى، وإلا كان الإلتزام باطلاً.

رابعا – يشترط فى الواقعة أن تكون مشروعة، أى ألا تكون مخالفة

للنظام العـام أو الآداب. غـيـر أنه يجب الإحـتـراس من الخلط بين عـدم مشروعية الشرط وعدم مشروعية الواقعة المعلق عليها تحققه. فالجريمة عمل غير مشروع، إلا أن عدم مشروعيتها لا يستتبع حتماً عدم مشروعية الشرط. فتعليق هبة مال على إرتكاب الموهوب له جريمة، يعتبر شرطاً غير مشروع، على حين أن إشتراط فسخ الهبة إذا إرتكب الموهوب له هذه الجريمة، يعتبر تعليقا على شرط مشروع.

المبحث الثاني
الأجـــل

٤٧٤- التعريف بالأجل:

يكون الإلتزام لأجل إذا كان نفاذه أو إنقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع (م٢٧١/١مدنى و١٠٠/٢موجبات).

أى أن الأجل وفقا لهذا التعريف إما أن يكون واقفاً يترتب عليه أرجاء نفاذ الإلتزام، وإما أن يكون فاسخاً فيؤدى إلى إنقضاء الإلتزام. والأجل الفاسخ أو المنهى لا يعتبر وصفاً فى الإلتزام بالمعنى الفنى، لأنه لا يغير من قواعد تنفيذ الإلتزام شيئاً، بل يكون للدائن أن يطالب بتنفيذ الإلتزام فور نشوئه.

٤٧٥- أنواع الأجل:

ينقسم الأجل فيما يتعلق بالتيقن من تاريخ وقوعه، إلى أجل محدد التاريخ وأجل غير معروف التاريخ، فمشخصات الأجل تتوافر فى الموت رغم إنتفاء التيقن من حينه، لأن وقوعه أمر محقق لا شبهة فيه (م٢٧١/٢مدنى و١٠٠/٣موجبات).

كذلك ينقسم الأجل من حيث مصدره الى: أجل اتفاقى، وأجل قانونى، وأجل قضائى.

فالأجل الإتفاقى مصدره إرادة المتعاقدين، وهذا الأجل قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً تمليه ظروف التصرف أو طبيعة الالتزام (م١٠٧ موجبات). ففى المقاولة يعتبر إلتزام المقاول مضافاً إلى أجل واقف، لأن ظروف التصرف تقتضى قيامه بعمل يستغرق بعض الوقت.

والأجل القانونى هو ما يتكفل القانون بتحديده. ومن أمثلة الأجل القانوني الواقف، الوصية إذ هى مضافة إلى أجل واقف هو موت الموصى. ومن أمثلة الأجل القانونى الفاسخ حق الإنتفاع، فهو ينقضى بموت المنتفع.

وبجانب الأجل القانونى الذى تقرره النصوص الخاصة، قد يتدخل المشرع فى ظروف إستثنائية كحرب أو أزمة إقتصادية، فيقرر مد آجال الديون المستحقة، رعاية للمصلحة العامة.

والأجل القضائى هو نظرة الميسرة ويمنحها القاضى للمدين حسن النية اذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم (م٢/٣٤٦ مدنى و١١٥ موجبات).

٤٧٦- الآثار التي تترتب علي إضافة الإلتزام إلي أجل واقف:

يترتب على إضافة الإلتزام إلى أجل واقف عدم نفاذه، وهذا يؤدى إلى النتائج الآتية:

أولاً- لا يجوز للدائن مطالبة المدين بالوفاء قبل حلول الأجل.

ثانياً – إذا وفى المدين مع علمه بقيام الأجل إعتبر هذا نزولاً منه عن الأجل، ولكن إذا كان المدين وقت الوفاء يجهل قيام الأجل فهل له إسترداد ما أوفى؟ فى القانون اللبنانى لا يجوز للمدين الذى وفى عن غلط قبل حلول الأجل إسترداد ما أوفى (م١٠٨ موجبات).

أما فى القانون المصرى فله كقاعدة عامة إسترداد ما أوفى (م١٨٣/ ١ مدنى)، غير أنه إستثناء من هذه القاعدة يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما إستفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر، فإذا كان الإلتزام الذى لم يحل أجله نقوداً، إلتزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الإتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل (م١٨٣/ ٢ مدنى).

ثالثاً – لا تقع المقاصة بين حق مؤجل وحق منجز (م٣٦٢/ ١ مدنى و ١/٣٣٠ موجبات)، إلا إذا تنازل من تقرر الأجل لمصلحته عنه، وتمسك بالمقاصة.

رابعاً – لا يسرى التقادم المسقط بالنسبة إلى الحق المؤجل قبل حلول الأجل، لوجود المانع القانونى الذى يحول دون المطالبة به (م٣٨١/ ٢ مدنى و١٠٨ موجبات).

٤٧٧- إنقضاء الأجل:

قد ينقضى الأجل طبيعياً بحلول الميعاد المحدد له، وقد ينقضى بالنزول عنه ممن تقرر الأجل لمصلحته، ففى القرض بدون فائدة يجوز للمدين رد مبلغ القرض قبل حلول الأجل لأنه يعتبر مقرراً لمصلحته، وفى الوديعة يعتبر الأجل مقرراً لمصلحة الدائن، فله النزول عنه والمطالبة برد الوديعة

قبل الميعاد المحدد. وأخيرا قد يسقط الأجل بسبب من الأسباب التى نص عليها القانون وهو ما سنتناوله فيما يلى.

٤٧٨- سقوط الأجل:

يسقط الأجل قبل الميعاد المحدد له فى حالات معينة نص عليها المشرع (م٢٧٣ مدنى و١١٣ موجبات)، وهذه هى:

أولاً- إذا أشهر إفلاس أو أعسار المدين، وهذا طبيعى لأن الدائن لم يمهل المدين إلا لثقته فى يساره، فإذا شهر إفلاسه أو إعساره فمعنى ذلك أنه لم يكن أهلاً لهذه الثقة.

ثانياً - اذا أضعف المدين بفعله التأمينات الخاصة التى أعطاها للدائن، كما لو قام بهدم العقار المقرر عليه رهن رسمى للدائن.

ثالثا - إذا تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات، كرهن أو كفالة، والحكمة من ذلك واضحة، وهى أن الدائن لم يقبل إمهال الدين فى الوفاء إلا بشرط تقديم التأمين الخاص المتفق عليه، فإن أخل المدين بوعده تعين سقوط الأجل وحلول الدين.

رابعاً- وفاة المدين فى القانون اللبنانى دون القانون المصرى (م١١٤ موجبات).

المبحث الثالث
تعدد محل الإلتزام

٤٧٩- الإلتزام التخييري:

قد يكون للإلتزام أكثر من محل تبرأ ذمة المدين إذا أدى واحداً

منها، وهذا هو الإلتزام التخييرى، والغرض من تعدد محل الإلتزام فى هذه الحالة هو رعاية جانب الدائن، فلا ينقضى الإلتزام لإستحالة التنفيذ إذا هلك أحد المحلين بقوة قاهرة، بل يتعين الوفاء بالمحل الآخر، وبذلك يضمن الدائن تنفيذ إلتزامه عيناً. ومثال ذلك أن يكون محل الإلتزام منزلاً أو أرضاً زراعية، فإذا هلك المنزل بسبب أجنبى كالحريق، فلا ينقضى الإلتزام بل يتحدد محله في الأرض (م٢٧٥-٢٧٧ مدنى و٥٦-٦٧ موجبات).

٤٨٠- الإلتزام البدني:

قد يكون محل الالتزام شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر، وهذا هو الإلتزام البدلى، ويسميه قانون الموجبات اللبنانى الإلتزام الإختيارى، ومثال ذلك العربون الذى يدفعه البائع فى مقابل العدول عن البيع، إذ محل إلتزم البائع هو المبيع، ولكن تبرأ ذمته من هذا الإلتزام إذا هو أدى العربون (م٢٧٨ مدنى و٦٨و٦٩ موجبات).

المبحث الرابع

تعدد طرفي الإلتزام

٤٨١- تعدد الدائنين والمدينين:

إفترضنا حتى الآن قيام رابطة الإلتزام بين دائن واحد ومدين واحد. ولكن قد يحدث أن يتعدد أشخاص هذه الرابطة، سواء من ناحية الجانب الدائن، أو من ناحية الجانب المدين، أو من الجانبين معا. وقد يقع هذا التعدد إبتداء كما لو باع عدة ملاك على الشيوع العين المشاعة بينهم، فيكون كل منهم دائناً للمشترى بالثمن بقدر نصيبه فى العين المبيعة. وقد

يكون هذا التعدد طارئاً، وهو ما يحدث فى حالة وفاة الدائن عن عدة ورثة، فيكون لكل وارث أن يطالب مدين المورث بقدر حصته فى الدين.

والأصل أن تعدد طرفى الإلتزام لا يغير من قواعد تنفيذه شيئاً إلا فى حالتى التضامن وعدم قابلية الإلتزام للإنقسام.

المطلب الأول

التضامن

٤٨٢ - التضامن الإيجابي والتضامن السلبي:

التضامن وصف يحول دون إنقسام الحق فى حالة تعدد الدائنين أو إنقسام الإلتزام فى حالة تعدد المدينين، وهو على هذا النحو قد يكون تضامنا إيجابياً أو تضامنا سلبيا.

والغرض من التضامن الإيجابى هو تسهيل عملية إستيفاء الحق، إذ يكون لكل من الدائنين المتضامنين أن يستوفى كامل الدين من المدين، كما يكون لهذا الأخير أن يبرأ ذمته من الدين بالوفاء به لأى من الدائنين. ولما كان هذا الغرض من الممكن تحقيقه عن طريق الوكالة، قل بالتالى إشتراط التضامن بين الدائنين.

أما الغرض من التضامن السلبى فهو ضمان حصول الدائن على حقه دون أن يتعرض لخطر إعسار أحد المدينين، ذلك أن ضمانة العام لإستيفاء كامل الدين لا ينصب على أموال مدين واحد، بل على أموال سائر المدينين المتضامنين، ولذا يكون له أن يستأدى حقه كاملاً من أى منهم.

والتضامن سواء أكان إيجابيا أم سلبيا يقوم على مبادئ ثلاثة تحكم علاقة المتضامنين، سواء أكانوا دائنين أم مدينين، بالطرف الآخر، وهذه المبادئ هى:

أولا - وحدة المحل، ويقصد بذلك أنه يوجد محل واحد لالتزام المدينين المتضامنين نحو الدائن، أو لحق الدائنين المتضامنين نحو المدين.

ثانيا - تعدد الروابط، ذلك أن وحدة المحل لا تمنع من أن كلا من الدائنين المتضامنين تربط بالمدين رابطة مستقلة عن رابطة غيره من الدائنين. وأن كلا من المدينين المتضامنين تربطه بالدائن رابطة مستقلة عن رابطة غيره من المدينين، أى أن هناك عدد من الروابط القانونية بقدر عدد الدائنين أو المدينين، وهذه الروابط يستقل بعضها عن البعض الآخر، ولذا قد يلحق بعضها وصف يختلف عن الوصف الذى تتسم به غيرها، فقد يكون الدين معلقا على شرط بالنسبة لأحد المدينين، ومضافاً إلى أجل بالنسبة إلى غيره مما يتعين معه الإعتداد بالوصف اللاحق بكل رابطة.

ثالثا - النيابة التبادلية بين المتضامنين فيما ينفع دون ما يضر.

هذا وسنقتصر فى بحثنا فى التضامن على تناول التضامن السلبى لأهميته العملية. أما التضامن الايجابى فسنغفل الكلام عنه نظرا لضآلة شأنه من جهة، والى إنصراف نفس المبادئ التى تحكم التضامن السلبى اليه من جهة أخرى.

٤٨٣- مصادر التضامن السلبي:

القاعدة أن التضامن لا يفترض فى المسائل المدنية (م٢٧٩ مدنى

و٢٤ موجبات)، بل يجب أن يتفق عليه فى العقد أو أن ينص عليه القانون، بمعنى أنه إذا تناول الإتفاق عدة مدينين فلا يفترض التضامن فيما بينهم بل يجب أن يستفاد ذلك صراحة من العقد، وأنه لا يجوز أن نقيس على حالات التضامن القانونى ما لم يرد فى شأنه نص يقضى بذلك. ومن الأمثلة على حالات التضامن القانونى أنه إذا تعدد المسئولين عن العمل الضار كانوا متضامنين فى إلتزامهم بتعويض الضرر (م١٦٩ مدنى و١٣٧موجبات).

أما فى المسائل التجارية فالأصل افتراض التضامن ما لم يستفاد العكس من العقد أو من القانون (م٢٤/٢موجبات).

٤٨٤- الآثار التي تترتب على وحدة المحل:

يترتب على وحدة المحل أى وحدة الدين فى علاقة المدينين المتضامنين بالدائن نتائج معينة تتمثل فيما يلى:

أولاً – للدائن مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين بكل الدين (م٢٨٥/١). وإذا رجع الدائن على المدينين منفردين فله مطلق الحرية فى إختيار من يطالبه بأداء كل الدين، فإن لم يستوف منه حقه كاملاً بسبب إعساره، كان له الرجوع بباقى الدين على غيره من المدينين.

ثانيا – يقابل حق الدائن فى استيفاء كل الدين من أحد المدينين واجبه فى قبول الوفاء من أى منهم. ويترتب على وفاء أحد المدينين، براءة ذمة الباقين بقدر ما إستوفاه الدائن منه، بمعنى أنه اذا استوفى الدائن بعض الدين من أحد المدينين، فلا يجوز له أن يطالب غيره من المدينين إلا بباقى الدين (م٢٨٤مدنى).

ثالثاً – التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين نفسه، بمعنى أنه إذا كان الدين باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية السبب أو المحل، أو كان لما يستحق بعد لأنه مضاف إلى أجل، فيجوز لمن يطالبه الدائن بالوفاء أن يتمسك بهذا الدفع، لأنه من قبيل الدفوع المشتركة بين جميع المدينين (م٢/٢٨٥ مدنى).

٤٨٥- الآثار التي تترتب علي تعدد الروابط:

يترتب على تعدد الروابط التى تربط المدينين المتضامنين بالدائن، وإستقلال كل رابطة عن غيرها نتائج معينة تتمثل فيما يأتى:

أولاً – الإعتداد بالوصف الذى يلحق كل رابطة، فقد تكون رابطة أحد المدينين منجزة، ورابطة غيره معلقة على شرط واقف أو مضافة إلى أجل واقف، وقد يكون الالتزام فى جملته مؤجلا ثم يسقط الأجل بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فقط بسبب اعساره، وفى جميع هذه الحالات يتعين على الدائن أن يراعى الوصف الذى يلحق رابطة المدين الذى يريد إقتضاء الدين منه (م١/٢٨٥ مدنى).

ثانيا – ينبنى على تعدد الروابط أنه قد تنقضى رابطة الإلتزام بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فقط، دون أن تتأثر بذلك رابطة غيره من المدينين إلا فى حدود نصيب المدين الأول فى الدين.

٤٨٦- الآثار التي تترتب علي النيابة التبادلية:

تقتصر النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين على ما ينفع دون ما يضر، من ذلك أنه إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين، وإذا وجه الدائن اليمين الحاسمة إلى

أحد المدينين فنكل عنها فلا يضار الباقون من هذا النكول، أما إذا حلفها فيفيد من ذلك الباقون.

وإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين، أما اذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيفيد منه الباقون .. وهكذا.

٤٨٧- علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم:

يحكم علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم أمران هما:

أولاً – إنقسام الدين، بمعنى أنه اذا كان الأصل هو إلتزام كل مدين من المدينين المتضامنين بكل الدين فى علاقته بالدائن، إلا أنه فيما بين المدينين أنفسهم يقسم الدين بينهم حصصاً متساوية إلا إذا وجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

ثانيا – إذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدين للدائن كان له الرجوع على باقى المدينين بحصة كل منهم فى الدين، سواء فى ذلك كان قد وفى جملة الدين أم جزءً منه يزيد على نصيبه (م٢٩٧ مدنى و٤٠ موجبات).

وإذا تصادف فى رجوع المدين الموفى على أحد المدينين أن وجده معسراً، فإنه لا يتحمل وحده تبعة هذا الإعسار بل يشاركه فيه باقى المدينين كل بنسبة حصته فى الدين (م٢٩٨ مدنى)[١].

(١) الحق المشرع اللبنانى فى الحكم حالة الغيبة بحالة الإعسار (م٤١ موجبات).

المطلب الثاني

عدم قابلية الإلتزام للإنقسام

٤٨٨- التعريف بالإلتزام غير القابل للإنقسام:

يعتبر الإلتزام غير قابل للإنقسام إذا كان لا يقبل تجزئة الوفاء بالنظر إلى طبيعة المحل الذى يرد عليه، أو بالنظر إلى الشروط التى وضعت فى شأن تنفيذه .

ولا تستبين فائدة تقسيم الإلتزام إلى قابل وغير قابل للإنقسام إلا عند تعدد طرفية، سواء أكان ذلك التعدد فى المدينين أو فى الدائنين أو فيهما معاً. ذلك أنه إذا لم تضم رابطة الإلتزام إلا دائناً واحداً ومديناً واحداً، تعين على هذا الأخير أن ينفذ إلتزامه كاملاً ولو كان هذا الإلتزام قابلاً للإنقسام (م٣٤٢/١مدنى و٣٠٠/١موجبات) .

٤٨٩- أسباب عدم القابلية للإنقسام:

ترجع عدم قابلية الإلتزام للإنقسام إما إلى طبيعة المحل الذى يرد عليه، وإما إلى اتفاق المتعاقدين أو نص القانون (م٣٠٠مدنى و٧٠ موجبات) .

٤٩٠- عدم الانقسام الطبيعي:

يفرق الشراح بين نوعين من عدم الإنقسام الطبيعى: أحدهما يكون فيه عدم الإنقسام مطلقاً لأن المحل يستعصى بأى صورة من الصور على الإنقسام كما لو باع شخصان حيواناً حياً، فالتزام كل منهما بتسليمه حيا لا يقبل الإنقسام، ولذا يكون للمشترى الرجوع على أيهما مطالباً أياه بتنفيذ كامل الإلتزام، والآخر يكون فيه عدم الإنقسام نسبياً، لأن المحل

وإن كان يقبل الإنقسام الا أنه تمتنع تجزئته بالنظر إلى الغرض المقصود منه، مثال ذلك إلتزام مقاول ببناء منزل، فهذا الإلتزام من الممكن تجزئته وفقاً لطبيعة العمل من بناء أو نجارة أو حدادة ..الخ، كما يمكن انقسامه وفقاً لمراحل العمل المتعاقبة، ومع ذلك فإلتزام المقاول يعتبر وحدة لا تقبل التجزئة، لأنه محله وفقا لغرض المتعاقدين هو المنزل بأكمله لا أجزاء منه.

٤٩١- عدم الإنقسام المشروط:

يرجع عدم الإنقسام المشروط أو عدم الإنقسام العرضى لا إلى طبيعة المحل (فالمحل يكون فيه قابلا للإنقسام) بل إلى إتفاق المتعاقدين الصريح أو الضمنى، أو إلى نص فى القانون.

ومن الأمثلة على عدم الإنقسام الإتفاقى أن يبيع شخص قطعتى أرض إلى مشتر واحد بعقد واحد، ويكون مفهوماً فيما بين المتعاقدين أن البائع قد أراد بهذا التصرف أن يوفى من ثمنهما معاً ديناً عليه، فيكون إلتزام المشترى بالنسبة للقطعتين إلتزاماً واحداً لا يقبل الإنقسام.

٤٩٢- آثار عدم قابلية الإلتزام للإنقسام:

يترتب على عدم قابلية الإلتزام للإنقسام أن يكون للدائن مطالبة أى مدين من المدينين المتعددين بوفاء كامل الإلتزام، وليس للمدين المطالب أن يحيل الدائن على باقى المدينين، بل كل ما له هو أن يطالب بتأجيل الدعوى حتى يدخل باقى المدينين فيها.

وإذا تعدد الدائنون بإلتزام غير قابل للانقسام، سواء نشأ هذا التعدد إبتداء عند قيام الرابطة القانونية أو نتيجة لوفاة الدائن عن عدة

الفصل الثاني

إنتقال الإلتزام

٤٩٣- حوالة الحق وحوالة الدين:

رأينا أن الرابطة القانونية بين الدائن والمدين تسمى بالحق إذا نظر إليها من جانب الدائن وتسمى بالإلتزام أو الدين إذا نظر إليها من ناحية المدين. ويمكن التصرف فى هذه الرابطة بإعتبارها حقاً وهذه هى حوالة الحق، كما يمكن التصرف فيها بإعتبارها ديناً وهذه هى حوالة الدين.

الفرع الأول

حوالة الحق

٤٩٤- التعريف بحوالة الحق:

حوالة الحق إتفاق به الدائن ما له من حق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائنا مكانه. ويسمى الدائن الأصلى فى هذه الحالة بالمحيل، والدائن الجديد بالمحال له، والمدين بالمحال عليه.

وحوالة الحق قد تتم فى مقابل ثمن نقدى فتأخذ حكم البيع، وقد تتم بلا مقابل فتأخذ حكم الهبة (م٣٠٣ – ٣١٤ مدنى و ٢٨٠ – ٢٨٦ موجبات).

٤٩٥- شروط إنعقاد ونفاذ الحوالة:

تتم حوالة الحق برضاء المحيل والمحال له فقط، غير أنها لا تنفذ فى مواجهة المدين إلا بقبوله للحوالة أو إعلانه بها، كما لا تنفذ فى مواجهة الغير (كمحال له ثان) إلا إذا كان هذا القبول أو الإعلان ثابت التاريخ والاعلان يعتبر دائماً ثابت التاريخ لأنه يتم بورقة رسمية من أوراق المحضرين.

وإذا كان الأصل أن تنفذ الحوالة قبل الغير بقبول المدين لها أو إعلانه بها الثابت التاريخ، الا أنه ترد على هذا الأصل إستثناءات يقصد بها تارة التشديد وتارة التخفيف من الاجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة.

فمن الإجراءات التى يقصد بها التشديد أن حوالة الأجرة المعجلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات يجب تسجيلها حتى تسرى على الغير(م١١ من قانون الشهر العقارى المصرى).

ومن الإجراءات التى يقصد بها التخفيف ما تعلق بالسندات لحاملها، فهذه السندات تنتقل الملكية فيها بالتسليم فى مواجهة الكافة دون حاجة إلى اجراء آخر وكذلك الشأن فيما يتعلق بالسندات الاذنية من كمبيالات وسندات تحت الاذن وشيكات، فهذه السندات تتم حوالتها وتكون نافذة قبل المدين والغير بطريق التظهير أى بطريق التحويل على ظهر السند.

الفرع الثاني

حوالة الدين

٤٩٦- التعريف بحوالة الدين:

حوالة الدين اتفاق ينتقل به عبء الدين من المدين الأصلى إلى

شخص آخر. وأهم ما تتميز به حوالة الدين هو أن بها تبرأ ذمة المدين الأصلى قبل الدائن، كما أن نفس الدين بصفاته كما لو كان معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، وبدفوعه كما لو كان قابلاً للإبطال، وبتأميناته كما لو كان مضمونا برهن رسمى، ينتقل إلى المدين الجديد (م٣١٥ -٣٢٢ مدنى و ٢٨٧ - ٢٨٩ موجبات).

٤٩٧- شروط إنعقاد ونفاذ حوالة الدين:

تنعقد حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلى وهو المحيل مع المدين الجديد وهو المحال عليه، ولكنها لا تكون نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها، وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى بإعلان الحوالة إلى الدائن، وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، إعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة.

وإقرار الدائن للحوالة أو رفضه لها قد يكون صريحاً أو ضمنياً.

٤٩٨- آثار حوالة الدين:

إذا أقر الدائن الحوالة انتقل الدين ذاته من المدين الأصلى إلى المحال وعين له أجلاً معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، ذمة المدين الأصلى.

ولما كان الإستخلاف يتم على نفس الدين الأصلى، فإن هذا الدين يظل محتفظاً بصفاته ودفوعه وتأميناته.

٤٩٩- صورة خاصة لحوالة الدين:

كما تنعقد الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه، كذلك

تنعقد بإتفاق بين الدائن والمحال عليه. ولا يشترط فى هذه الصورة رضاء المدين الأصلى بالحوالة، فهى تنعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها، لأنه اذا كان الوفاء يجوز من غير المدين ولو بغير علمه أو رغم معارضته، فكذلك يجوز أن يتحمل الغير الدين عن المدين دون حاجة إلى رضاه (م٣٢٣ مدنى و٢٩٢ موجبات).

الفصل الثالث

إنقضاء الإلتزام

٥٠٠- أسباب الإنقضاء:

يمكن رد أسباب إنقضاء الإلتزام إلى ثلاث طوائف جامعة وهى:

أولاً- إنقضاء الإلتزام بالوفاء، وهو السبب المألوف فى أداء الحقوق.

ثانياً- إنقضاء الإلتزام بما يعادل الوفاء، ويتحقق ذلك فى الوفاء، بمقابل أو الوفاء بأداء العوض كما يسميه القانون اللبنانى، والتجديد والإنابة، والمقاصة، وإتحاد الذمة.

ثالثاً- إنقضاء الإلتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء، ويكون ذلك فى الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط.

الفرع الأول

الوفاء

٥٠١- التعريف بالوفاء ونوعاه:

الوفاء هو الطريق الطبيعى لإنقضاء الإلتزام، لأنه يتمثل فى تنفيذ

ذات الإلتزام الذى تعهد به المدين أياً كان محله، أى سواء أكان محله دفع مبلغ من النقود، أو تسليم شئ، أو القيام بعمل ... الخ. وبذلك يختلف المعنى القانونى للوفاء، عن معناه الدارج، إذ يقتصر فى المعنى الأخير على النقود كمحل للإلتزام.

والوفاء قد يكون بسيطاً، وهذه هى الصورة العادية له، وقد يكون وفاءً مع الحلول إذا قام غير المدين بوفاء الدائن وحل محله فى الرجوع على المدين، وسننظر فيما يلى فى كل نوع من هذين النوعين.

المبحث الأول

الوفاء البسيط

٥٠٢- الموفي:

الأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه صاحب المصلحة فى قضاء الدين، وقد يتولاه عنه نائبه سواء أكانت نيابته قانونية أو إتفاقية كالولى والوصى والوكيل.

وقد يتم الوفاء من غير المدين، وهذا الغير قد تكون له مصلحة فى الوفاء بالدين كما لو كان كفيلا أو مدينا متضامنا. وقد لا تكون للغير مصلحة فى الوفاء، ولكن يقوم به إما الرغبة فى التبرع للمدين بقيمة الدين الذى وفاه عنه، وإما لأنه فضولى ورأى أن يقى المدين شر إجراءات التنفيذ القهرى المهدد بها على أمواله.

والأصل أنه ليس للدائن رفض الوفاء من غير المدين، بل هو ملزم بقبوله إلا فى حالتين.

الأولي - اذا نص فى الإتفاق المنشئ للإلتزام أو استوجبت طبيعته أن يقوم بـه المدين نفسـه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره (م ٢٠٨ مدنى و ١/٢٩٢ موجبات).

الثانية – إذا كان الغير الذى يريد الوفاء بالدين لا مصلحة له فى ذلك، وإعترض المدين على قبول الوفاء منه وأبلغ الدائن هذا الإعتراض. وفى هذه الحـالة يكون الدائن حراً بين قبـول الوفـاء من الغيـر أو رفضـه، ولـو أنه من الصعب تصور رفض الدائن للوفاء فى هذه الحالة (م ٢/٣٢٣ مدنى).

٥٠٣- الموفي له:

القاعدة أن الدائن هو ذو الصفة فى إستيفاء الدين، ولـه أن ينيب عنه وكيلا فى ذلك. ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلاً لإستيفاء الدين، فاذا كان قاصرا وجب أن يتم الوفاء لنائبه القانونى كالولى أو الوصى، فاذا حصل الوفاء مع ذلك للقاصر كان قابلا للابطال، ولا يزول عنه هذا العيب إلا إذا أجازه القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

على أن الوفاء لناقص الأهليـة وإن كان مـعيباً، إلا أنه يبرىء ذمـة المدين من الدين بقدر ما عاد على القاصر من منفعه بسبب هذا الوفاء. كما لو أنفقه فى تعليمه مثلاً.

وإذا تم الوفاء لغير الدائن أو لغير ذى صفة فى إستيفاء الدين، فلا قد تبرأ ذمة المدين من المدين، ويتعين عليه الوفاء به ثانية للدائن، لأن القاعدة أن من يفى بالدين غلطا يفى به مرتين. غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالات ثلاث وهى:

أولاً- إقرار الدائن للوفاء.

ثانيا- إذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة. مثال على ذلك أن يقوم المدين بوفاء الدين لدائن الدائن دون أن يطالبه هذا الأخير بالوفاء، ففى هذه الحالة تبرأ ذمة المدين بقدر ما انقضى من دين على دائنه للموفى له.

ثالثا- إذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته وهو ما يسمى بالدائن الظاهر، كما لو تم الوفاء لوارث ثم ظهر فيما بعد أنه محجوب بوارث آخر (الوارث الظاهر)، أو تم الوفاء لموصى له ثم تبين أن الوصية باطلة.

٥٠٤- محل الوفاء:

الأصل أن يكون الوفاء بعين ما إلتزم به المدين، سواء كان الإلتزام باعطاء شئ أو كان التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل، فلا يجوز للمدين الزام الدائن بقبول شئ آخر غير الشئ المستحق ولو كان مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى (م ٣٤١ مدنى و ١/٩٩ موجبات).

وإذا كان محل الإلتزام شيئا معينا بالنوع، فليس على المدين، إذا لم تذكر درجة الجودة، إلا الوفاء بشئ من الصنف المتوسط، بمعنى انه لا يلتزم بالوفاء بشئ من أجود صنف، كما لا يجوز له الوفاء بشئ من أردئ صنف، (م ٢/١٣٣ مدنى، و٣٩٩ موجبات).

وإذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات، عقاراً كان أم منقولاً، وجب على المدين تسليمه إلى الدائن بالحالة التى هو عليها وقت الوفاء، إلا إذا إتفق على غير ذلك.

وإذا كان محل الإلتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها وقت الوفاء أي أثر (م١٣٤ مدني).

٥٠٥- عدم جواز تجزئة الوفاء:

إذا كان الدين معين المقدار مستحق الأداء، فلا يجوز إلزام الدائن بقبول الوفاء بجزء منه ولو كان هذا الدين قابلاً للإنقسام. وهذه القاعدة لا تنصرف فقط إلى أصل الدين بل تسري كذلك بالنسبة لملحقاته كالمصاريف والفوائد، فلا يجوز للمدين اجبار الدائن على قبول الوفاء بأصل الدين منفصلا عن ملحقاته.

على أن الحكم السابق في شأن عدم تجزئه الوفاء لا يجري على إطلاقه، بل ترد عليه استثناءات معينة: فقد يتفق في العقد على تخويل المدين حق تجزئه الوفاء، وقد ينظر القاضي المدين إلى آجال ينفذ فيها التزامه (م٣٤٦/٢ مدني و ٣٠٠/٣ موجبات)، وقد يبيح القانون هذه التجزئه كما هو الشأن في المقاصة وبها ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما (م٣٠٠/٢ موجبات).

٥٠٦- تعدد الديون من جنس واحد واحتساب الخصم:

إذا تعددت الديون في ذمة المدين لدائن واحد، وكانت جميعها من جنس واحد كنقود مثلا، وأدى المدين مبلغاً لا يفي بها جميعاً، فعلى أي أساس يكون احتساب الخصم أي تعيين جهة الدفع؟

تعرض هذه المسألة في حالتين: الأولى إذا كان المبلغ الذي دفعه المدين لا يكفي للوفاء بأصل الدين وما يتبعه من ملحقات كمصاريف

وفوائد، وفى هذه الحالة يخصم ما يؤديه المدين من حساب المصروفات، ثم من حساب الفوائد، ثم من أصل الدين، ما لم يتفق على غير ذلك. الثانية إذا تعددت الديون واتحدت جنسا، كان للمدين الخيار فى تعيين ما يقصد إلى وفائه منها، ما لم يحصل دون ذلك مانع إتفاقى، كما لو اتفق على أن يبدأ الوفاء بدين يعين، أو مانع قانونى، كما لو إختار الخصم من دين مضاف إلى أجل ضرب لمصلحة الدائن.

وإذا لم يعين المدين الدين يريد قضاءه، إنتقل هذا الخيار إلى الدائن فى القانون اللبنانى، أما فى القانون المصرى فيتولى القانون فى هذه الحالة تعيين جهة الدفع.

وجهة الدفع وفقاً للقانون هى على الترتيب الآتى: يكون الخصم من حساب الدين المستحق الأداء، فإذا توافر هذا الوصف فى عدة ديون فيكون الخصم من حساب الدين الذى يكون للمدين فى الوفاء به مصلحة أكثر من سواه، كما لو كان هذا الدين يغل فائدة أكبر، فإذا تساوت الديون فى الكلفة فيكون الخصم من حساب الدين الذى يعينه الدائن فى القانون المصرى، ومن حساب الديون جميعاً بنسبة مقاديرها فى القانون اللبنانى (راجع المواد ٣٤٣ – ٣٤٥ مدنى و٣٠٧ – ٣٠٩ موجبات).

٥٠٧- زمان ومكان الوفاء ومصاريفه:

يعتبر الإلتزام بصفة عامة مستحق الأداء بمجرد نشوئه إلا إذا كان مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط واقف. ويجوز للقاضى أن يمهل المدين حسن النية إلى أجل معقول أو إلى آجال ينفذ فيها إلتزامه إذا كان ذلك لا يضر بالدائن ضرراً جسيما (م ٢/٣٤٦ مدنى و ٣/٣٠٠ موجبات)، ويسمى ذلك بنظرة الميسرة.

وفيما يتعلق بمكان الوفاء يرجع إلى إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية فى هذا الشأن، فاذا لم تتبين هذه الإرادة أو كان الإلتزام قانونياً وجب الرجوع إلى الأحكام التى أوردها المشرع فى هذا الموضوع، ومن مقتضاها يكون الوفاء بالأشياء المعينة بالذات فى مكان وجودها وقت نشوء الالتزام، ويكون الوفاء بالأشياء المعينة بالنوع فى موطن المدين وقت الوفاء، لأن القاعدة بالنسبة لهذه الأشياء كالنقود مثلاً أن على الدائن أن يسعى إلى استيفاء حقه دون أن يسعى المدين إلى الوفاء به، ويعبر عن هذه القاعدة بأن «الدين مطلوب لا محمول» (راجع م ٣٤٧ مدنى و٣٠٢ موجبات).

أما عن مصاريف الوفاء فالأصل أن يتحمل بها المدين إلا إذا وجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (م٣٤٨ مدنى و٣٠٤ موجبات).

المبحث الثاني

الوفاء مع الحلول

٥٠٨- التعريف بالوفاء مع الحلول وفائدته:

الوفاء إما أن يتم بمعرفة المدين نفسه وإما أن يتم بمعرفة الغير، فإن تم بمعرفة المدين انقضى الدين نهائيا، وإن تم بمعرفة الغير كان له الرجوع على المدين بأحد دعويين هما: الدعوى الشخصية بإعتباره دائناً بدين جديد، وإما بدعوى الحلول بإعتباره قد حل محل الدائن الأصلى فى الدين القديم بما له من خصائص وما يرد عليه من دفوع وما يتبعه من تأمينات.

وفائدة الوفاء مع الحلول، تتجلى بالنسبة للموفى فى الحصول على توظيف مأمون لأمواله وبالنسبة للدائن فى حصوله على حقه فى وقت قد لا يستطيع المدين الوفاء له به، وبالنسبة للمدين فى تجنب التنفيذ على

أمواله بمعرفة الدائن، فى فترة قد يتعذر فيها عليه تلافى مثل هذا الإجراء.

٥٠٩- حالات الوفاء مع الحلول:

الحلول على نوعين، فهو قد يكون إتفاقياً، يتم بإتفاق الغير مع الدائن أو بإتفاق الغير مع المدين، وقد يكون قانونياً يقع بقوة القانون دون حاجة إلى إتفاق في حالات معينة.

٥١٠- الحلول بالاتفاق مع الدائن:

يتم الحلول بالإتفاق مع الدائن بأن يتفق الدائن مع الغير الذى وفى له حقه على أن يحل الغير محله فى الحق الذى وفاه، ولا ضرورة لرضاء المدين بذلك.

ويجب أن يتم الإتفاق على الحلول بين الدائن والموفى وقت الوفاء منعا للغش، لأن الدائن قد يتواطأ مع المدين بعد أن يكون قد استوفى حقه، فيتفقان غشا على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر فى المرتبة، فيما لو أقر المشرع صحة الإتفاق على الحلول بعد الوفاء (م ٣٢٧ مدنى و٣١٣ موجبات).

ويشترط فى المخالطة التى تتضمن وفاءً مع الحلول أن تكون ثابتة التاريخ حتى يحتج بالإتفاق على الحلول فى مواجهة الغير كالدائن المرتهن الثانى مثلا.

٥١١- الحلول بالإتفاق مع المدين:

يجوز للمدين الإتفاق مع الغير على الوفاء بدين الدائن والحلول ولو بدون رضاء الدائن، إذا توافرت الشروط الآتية:

أولاً- أن يكون هناك قرض عقده المدين مع الغير بقصد الحصول على المال اللازم للوفاء بدين الدائن.

ثانيا- أن يذكر فى عقد القرض أن المال المقترض قد خصص للوفاء بدين الدائن.

ثالثا- أن يذكر فى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد.

رابعا- أن يكون لعقد القرض ولسند المخالصة تاريخ ثابت منعاً للغش، لأن المدين قد يوفى الدائن المرتهن الأول من ماله الخاص، ثم يحتاج بعد ذلك إلى نقود فيتفق مع المقرض على تقديم تاريخ القرض حتى يسبق تاريخ الوفاء، ليحل بذلك المقرض محل الدائن المرتهن الأول، إضراراً بالدائن المرتهن الثانى، فى حين أن مثل هذا التحايل يمتنع إذا إشترطنا ثبوت تاريخ القرض المخالصة حتى يحتج بهما فى مواجهة الغير، كالدائن المرتهن الثانى (م٣٢٨ مدنى و ٣١٤ موجبات).

٥١٢- الحلول القانوني:

يتم الحلول بقوة القانون فى حالات معينة دون حاجة إلى إتفاق الموفى مع المدين أو مع الدائن، والجامع بين هذه الحالات أن الموفى يكون غيراً له مصلحة فى الوفاء بالدين. وقد تناولت هذه الحالات المادتان ٣٢٦ مدنى و٣١٢ موجبات، من ذلك حالة ما إذا كان الموفى شخصاً ملزماً بالدين مع المدين كالمدين المتضامن أو شخصاً ملزماً بالوفاء الدين عن المدين كالكفيل.

الفرع الثاني

إنقضاء الإلتزام بما يعادل الوفاء

٥١٣- طرق الإنقضاء المعادلة للوفاء:

ينقضى الإلتزام بما يعادل الوفاء بسبب من الأسباب الآتية: الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، المقاصة، اتحاد الذمة. ويجمع هذه الأسباب كلها، أن كلا منها يهئ سبيلاً لإبراء ذمة المدين دون الوفاء بعين ما إلتزم به.

ففى الوفاء بمقابل يتلقى الدائن شيئا آخر خلاف الشئ محل الإلتزام، وفى التجديد يفى المدين الالتزام القديم بإنشاء إلتزام جديد، وفى المقاصة وإتحاد الذمة يتم الوفاء للدائن بإنقضاء التزام عليه.

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

٥١٤- التعريف بالوفاء بمقابل:

الوفاء بمقابل ويسمى كذلك بالإعتياض أو الإيفاء بأداء العوض كما أطلق عليه المشرع اللبنانى، هو قبول الدائن من المدين فى إستيفاء حقه شيئاً آخر خلاف الشئ المستحق أصلاً. وإذا كانت الصورة الغالبة للوفاء بمقابل هو أن ينقل المدين إلى الدائن ملكية عقار أو منقول وفاءً لإلتزام بمبلغ من النقود، إلا أن ليس هناك ما يمنع من ان يكون الإلتزام الأصلى متعلقاً بنقل ملكية عقار معين كأرض، فيقبل الدائن وفاء لهذا الالتزام تقديم عقار آخر كمنزل مثلا، أو أن يقبل بدلا منه مبلغ من النقود.

٥١٥- الشروط اللازمة لتحقيق الاعتياض:

ظاهر من التعريف السابق ومن الأمثلة التى أوردناها للوفاء بمقابل، أنه يشترط لتحقيق الإعتياض.

أولاً - أن يعطى المدين للدائن شيئاً وفاء لإلتزام عليه.

ثانيا- ألا يكون هذا الشئ هو المستحق أصلاً على المدين.

ثالثا- أن يقبل الدائن الوفاء بمقابل، غير أنه لا يشترط فى قبول الدائن أن يكون صريحاً، بل قد يكون ضمنياً، ويعد من قبيل القبول الضمنى عدم إعتراض الدائن أو ابداء أى تحفظ عند الأيفاء بأداء العوض (م ٣٥٠ و ٣٥١ مدنى و٣١٨ و ٣١٩ موجبات).

المبحث الثاني

التجديد والانابة

٥١٦- التعريف بالتجديد وانواعه:

التجديد هو إتفاق قصد به إستبدال إلتزام جديد بإلتزام قديم مغاير له فى عنصر من عناصره. هذا العنصر قد يكون متعلقاً بالدين، أو بشخص المدين، أو بشخص الدائن (راجع م ٣٥٢ - ٣٥٨ مدنى و ٣٢٠ - ٣٢٥ موجبات).

فالتجديد بتغيير الدين يتم بين نفس طرفيه، عن طريق تغيير محله أو سببه، وبذلك ينشأ بينهما التزام جديد مغاير للإلتزام القديم فى المحل أو السبب أى المصدر. ومثال التجديد بتغيير المحل، الإتفاق على أن يلتزم

شخص مدين بمقدار معين من القمح، على إعطاء الدائن مبلغاً من النقود بدلاً منه أو العكس.

ومثال التجديد بتغيير السبب أى المصدر، إستبقاء المشترى أو المستأجر دين الثمن أو دين الأجرة على سبيل القرض.

أما التجديد بتغيير المدين فيتم بأحد طريقين: الأول– أن يتفق الدائن مع أحد الأغيار على أن يكون مديناً مكان المدين الأصلى، مع براءة ذمة هذا الأخير، ويسمى التجديد فى هذه الحالة تعهداً بالوفاء، ويتم دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلى به. الثانى– أن يتفق المدين مع الدائن على أن يكون شخص آخر مديناً مكانه، ويقبل هذا الشخص أن يكون هو المدين الجديد، أى أن التجديد يتم فى هذه الحالة برضاء الأطراف الثلاثة وتسمى هذه الحالة بالإنابة الكاملة فى الوفاء.

أما التجديد بتغيير الدائن فيتم بالإتفاق بين الدائن والمدين والأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد.

٥١٧- آثار التجديد:

يستتبع التجديد إنقضاء الإلتزام القديم بتوابعه، ومن هذه التوابع التأمينات التى كانت تضمن الوفاء به، إلا أن المشرع أجاز الإتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الإلتزام الجديد بشرط عدم الإضرار بالغير، ولذا يشترط أن يتم الإتفاق على نقل التأمينات مع الإتفاق على التجديد فى وقت واحد، وأن يكون هذا الإتفاق ثابت التاريخ. لأنه لو تم التجديد دون إتفاق على نقل التأمينات، لإنقضى الإلتزام القديم بتأميناته، دون إستطاعة بعثها من جديد.

٥١٨- الإنابة:

الإنابة عمل قانوني به يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه. وهي على هذا النحو تفترض وجود أطراف ثلاثة هم: المنيب (المفوض) أي المدين، والمناب لديه (المفوض لديه) أي الدائن، والمناب (المفوض اليه) وهو الغير الذي يرتضي وفاء الدين مكان المدين.

ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين (المنيب) والأجنبي (المناب)، ولو أن الغالب أن يكون المنيب دائناً للمناب، فيرتضي الأخير الإنابة ليقضي عن طريقها هذا الدين، كما لو باع مدين عقارا له وكلف المشتري بدفع الثمن لدائنه.

٥١٩- أنواع الإنابة:

تنقسم الإنابة إلى نوعين: الأول- الإنابة الناقصة وفيها لا يبرئ المناب لديه ذمة مدينة المنيب، بل يقبل المناب كمدين آخر، فيكون له مدينان عوضاً عن مدين واحد، وهذا هو الفرض الغالب. الثاني - الإنابة الكاملة وفيها يبرئ المناب لديه أي الدائن ذمة مدينه المنيب، ويرتضي المناب مديناً بدله، ولذا فهي تتضمن تجديداً بتغيير المدين (راجع المواد ٣٥٩-٣٦١ مدني و ٣٢٦ و ٣٢٧ موجبات).

المبحث الثالث

المقاصة

٥٢٠- التعريف بالمقاصة واهميتها:

المقاصة (La compensation) طريق من طرق إنقضاء الإلتزام،

الغرض منها تسهيل عملية الوفاء به، بمنع الوفاء المزدوج. وتتحقق المقاصة عندما يتلاقى دينان فى ذمة شخصين، إجتمعت فى كل منهما صفة الدائن والمدين، فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما.

وأهمية المقاصة تتمثل فى أنها تعتبر بالنسبة لكل طرف من طرفيها بمثابة ضمان يجنبه مزاحمة باقى دائنى الطرف الآخر، فيما لو إضطر إلى الوفاء بما عليه. ثم الرجوع بما له على مدينه، وعلى هذا النحو تعتبر المقاصه حالة من الحالات النادرة التى يتمتع فيها الدائن العادى بإمتياز فعلى بالنسبة لباقى مدينه (راجع المواد ٣٦٢ – ٣٦٩ مدنى و٣٢٨ – ٣٣٦ موجبات).

٥٢١- أنواع المقاصة:

المقاصة على أنواع ثلاثة: مقاصة قانونية وتقع بحكم القانون إذا توافرت شروطها، وهى التى تعنينا هنا. ومقاصة إختيارية وتقع بإتفاق الطرفين أو بارادة أحدهما، إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية، وكان مقصود به مصلحة الطرفين معا أو مصلحة أحدهما فقط. وأخيراً مقاصة قضائية وتقع بحكم القضاء إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية كذلك.

٥٢٢- شروط المقاصة القانونية:

يشترط لوقوع المقاصة القانونية توافر الشروط الآتية:

أولا- أن يكون الدينان بين نفس الشخصين.

ثانيا- أن يكون الدينان واردين على نقود أو مثاليات متحدة فى النوع.

ثالثا- أن يكون الدينان خاليين من النزاع.

رابعا- أن يكون الدينان مستحقى الأداء.

خامسا- أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء.

٥٢٣- الشرط الأول - أن يكون الدينان بين نفس الشخصين:

يجب لوقوع المقاصة أن يكون هناك تقابل بين الدينين، والتقابل يتطلب أن يكون كل شخص دائناً ومديناً للآخر فى نفس الوقت.

كذلك يستلزم التقابل أن يكون كل شخص دائماً ومديناً بصفة واحدة. فاذا كان أحد الشخصين دائناً للآخر بصفته وصياً على قاصر، ومديناً له بصفته الشخصية، فلا يستطيع أن يطلب المقاصة بين حق القاصر ودينه الشخصى.

ولا يجوز للشريك أن يطلب المقاصة بين ما هو حق للشركة وبين دينه الشخصى، ولا يصح للوكيل أن يطلب المقاصة بين حق موكله ودينه هو.

٥٢٤- الشرط الثاني - أن يكون الدينان واردين علي نقود أو مثليات متحدة في النوع:

لما كانت المقاصة تقوم بالنسبة لإنقضاء مقام الوفاء، وجب أن يكون موضوع الدينين من نوع واحد، حتى يستوفى كل طرف الشئ المستحق له، وعادة تقع المقاصة بين دينين من النقود، غير أنه من الجائز أن تقع بين أشياء مثلية أخرى، بشرط أن تكون متحدة فى النوع ودرجة الجودة، كمقاصة قطن بقطن من نفس الصنف ودرجة الجودة.

٥٢٥- الشرط الثالث - أن يكون الدينان خاليين من النزاع:

يعتبر الدين خالياً من النزاع إذا كان ثابتا أى مؤكداً، ومقدراً. ويشترط فى النزاع الذى يمنع وقوع المقاصة القانونية أن يكون جدياً، والغرض من هذا الشرط الأخير هو منع المدين من اثارة منازعة مصطنعة فى دين ثابت حتى يحول دون وقوع المقاصة.

ولكن اذا كان النزاع جدياً، وامتنع وقوع المقاصة القانونية، فيمكن لصاحب المصلحة المطالبة بالمقاصة القضائية. وكما يجب أن يكون الدين ثابتاً، فيجب كذلك أن يكون مقدرا، وإلا إمتنع وقوع المقاصة القانونية، ومثال الدين غير المقدر، إلتزام بتعويض لم يقدره القضاء بعد.

٥٢٦- الشرط الرابع - أن يكون الدينان مستحقي الأداء:

لما كانت المقاصة تعتبر وفاءً قانونياً مزدوجاً، وجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء. وعلى ذلك تمتنع المقاصة إذا كان أحد الدينين معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد، أو مقترناً بأجل واقف لم يحل بعد.

هذا مع ملاحظة أنه لا تحول دون وقوع المقاصة نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى، لأن نظرة الميسرة المقصود بها رعاية المدين الذى يفتقر مؤقتا إلى المال اللازم للوفاء بدينه، فإن ظهر له مال تمثل فى حق له قبل دائنه، وجب إعمال المقاصة.

٥٢٧- الشرط الخامس - أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء:

أى يجب أن يكون كل من الدينين من الممكن رفع الدعوى به لقهر المدين على الوفاء به. وعلى ذلك لا تقع المقاصة إذا كان أحد الإلتزامين إلتزاما طبيعياً، والآخر إلتزاماً مدنياً، لأن الإلتزام الطبيعى لا يمكن المطالبة به قضاء وقهر المدين به على الوفاء.

٥٢٨- الديون التي لا تجوز فيها المقاصة القانونية:

الأصل أن المقاصة تقع فى الديون أياً كان مصدرها، غير أن المشرع إستبعد حالات معينة من هذا الأصل، وقرر عدم جواز المقاصة القانونية فيها ولو توافرت شروطها، وهذه الحالات هى:

أولا- إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده. وليس هذا إلا تطبيقا لقاعدة حظر انتصاف الشخص لنفسه.

ثانيا- إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية الإستعمال وكان مطلوبا رده. والعلة فى هذا الإستثناء أن مناط الوديعة أو العارية هى الثقة التى للمودع أو المعير فى شخص المودع لديه أو المستعير، وهذه الثقة تستوجب رد الشئ المودع أو المعار، ولو كان حافظ الوديعة أو المستعير دائنا بمثل ما أؤتمن عليه، لما لهذا الائتمان الخاص من اعتبار فى هذين النوعين من العقود.

ثالثا- إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز، والعلة فى هذا أن المقاصة لا تعتبر وفاء اختياريا بل وفاء قهريا، ولذا تأخذ حكم الحجز، ويمتنع التمسك بها إذا كان أحد الحقين غير قابل للحجز عليه. وعلى ذلك لا يجوز لمن كان مدينا بدين نفقته أن يتمسك فى مواجهة دائنه بالمقاصة، لأن حق النفقة غير قابل للحجز.

رابعا- إذا نزل المدين مقدما عن حقه فى التمسك بالمقاصة وذلك فى القانون اللبنانى فقط (م٣٣١ / ٤) دون القانون المصرى. ذلك أن القانون الأخير ينص فى المادة ١٦٥/١ مدنى على أنه لا يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها، أى قبل توافر شروطها، وذلك حماية منه للجانب الضعيف من المتعاملين، بعد أن تبين أن من الدائنين – وخاصة

البنوك – من يشترط على المدينين التنازل مقدما عن التمسك بالمقاصة فيما قد ينشأ لهم فى المستقبل من حقوق فى ذمة دائنيهم.

٥٢٩- آثار المقاصة:

المقاصة وفاء مزدوج لأن كل طرف من الطرفين يوفى دينه بحقه. ولكن إذا إختلف مقدار الدينين، وهذا هو الغالب، فإن إنقضاءهما يكون بقدر الأقل منهما، ومعنى ذلك أن الدين الأكبر لا ينقضى بتمامه بل بقدر مايقابله من الدين الأصغر، ولذا تعتبر المقاصة إحدى الحالات الإستثنائية التى يجيز فيها المشرع الوفاء الجزئى دون حاجة إلى رضاء الدائن بذلك.

والمقاصة القانونية لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولذا يمتنع على القاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه، بل إن السكوت عن التمسك بها من صاحب المصلحة فيها ما يعتبر نزولا ضمنياً عنها، والنزول عن المقاصة جائز بعد ثبوت الحق فيها فى القانون المصرى ومن باب أولى فى القانون اللبنانى، لأن هذا القانون الأخير يجيز النزول عنها حتى قبل توافر شروطها.

ويترتب على المقاصة إنقضاء الدينين لا من وقت التمسك بها، بل من الوقت الذى أصبحا فيه صالحين للقماصة، ويترتب على ذلك أنه اذا كان أحد الدينين يغل فائدة، فلا تحتسب الفائدة عن المدة ما بين توافر شروط المقاصة ووقت التمسك بها، لأن هذا الدين يعتبر قد انقضى من وقت الصلاحية للمقاصة.

المبحث الرابع
إتحاد الذمة

٥٣٠- التعريف بإتحاد الذمة وأقسامه:

إتحاد الذمة هو إجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد. واتحاد الذمة لا يقتصر على الإلتزامات أو الحقوق الشخصية وحدها، بل يتناول كذلك الحقوق العينية، ويسمى فى هذه الحالة «بالإدغام» (راجع المادة ٣٧٠ مدنى و٣٣٧ موجبات).

٥٣١- اتحاد الذمة في الحقوق العينية:

قد تتجزأ عناصر الملكية فيكون لشخص حق الإنتفاع ولآخر حق الرقبة، فإذا توفى الثانى وورثه الأول تجمعت هذه العناصر لشخص واحد، وزال حق الإنتفاع الذى كان مقررا على عقار الغير.

٥٣٢- إتحاد الذمة في الحقوق الشخصية:

ينقضى الدين أى الحق الشخصى باتحاد الذمة إذا خلف الدائن المدين، أو خلف المدين الدائن، لأنه لا يجوز أن يكون الشخص دائنا لنفسه أو مديناً لها. وإتحاد الذمة يقع حال الحياة أو بسبب الوفاة.

٥٣٣- إتحاد الذمة حال الحياة:

من الأمثلة على إتحاد الذمة حال الحياة شراء شركة السندات التى سبق لها إصدارها، لأن بشراء هذه السندات - وهى ديون على الشركة - يجتمع فى هذه الأخيرة صفة الدائن والمدين.

٥٣٤- إتحاد الذمة بسبب الوفاة:

يقع إتحاد الذمة بسبب الوفاة إذا كان المدين وارثا للدائن وتوفى هذا الأحير، اذ يصبح المدين دائناً لنفسه، فينقضى الدين بإجتماع الصفتين فيه.

كذلك يقع إتحاد الذمة إذا توفى المدين فورثه الدائن، غير أن هذه الصورة من صور إتحاد الذمة تعطلها القاعدة الشرعية التى تقضى «بألا تركة الا بعد سداد الديون»، إذ وفقاً لهذه القاعدة لا يرث الوارث ديون مورثه، بل يتعين سداد هذه الديون أولا من التركة قبل إنتقالها إلى الوارث، وعلى ذلك إذا مات المورث مديناً لوارثه، إستوفى الوارث أولاً دينه من التركة بإعتباره دائنا، وما يتبقى من حقوق التركة بعد ذلك ينتقل اليه بإعتباره وارثا.

٥٣٥- زوال سبب إتحاد الذمة:

إتحاد الذمة يعتبر فى الواقع مجرد مانع يحول دون المطالبة بالدين، وعلى ذلك إذا زال السبب الذى أدى إلى إتحاد الذمة عاد إلى الوجود وإعتبر كأن لم ينقض أبدا، فمثلا إذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذى له فى ذمته، ثم أبطلت الوصية، عاد الدين الموصى به إلى الوجود بأثر رجعى، هذا ويلاحظ أنه اذا كان المدين وارثا للدائن، واتحدث الذمة بسبب وفاة هذا الأخير، فإن ألحق الذى انقضى بإتحاد الذمة، يعتبر قائما عند تقدير قيمة التركة لإحتساب رسم الأيلوله.

الفرع الثالث

إنقضاء الإلتزام دون وفاء

٥٣٦- أسباب ثلاثة:

ينقضى الإلتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء بأحد أسباب ثلاثة وهى: الإبراء، وإستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط.

المبحث الأول
الإبراء

٥٣٧- التعريف بالإبراء:

الإبراء تصرف قانونى به ينقضى الإلتزام دون مقابل. والإبراء يتم فى التقنين المدنى المصرى بالإرادة المنفردة للدائن، أما فى القانون اللبنانى فيعتبر الإبراء عقدا يتم باتفاق الدائن مع المدين.

٥٣٨- طبيعة الإبراء وأحكامه:

يعتبر الإبراء من أعمال التبرع. ويترتب عليه إذا تناول إلتزام المدين انقضاء هذا الإلتزام وإنقضاء التأمينات التى كانت له، سواء أكانت تأمينات شخصية كالكفالة أم عينية كالرهن.

أما إذا اقتصر الإبراء على التزام الكفيل فلا تبرأ ذمة المدين، لأن الأصل لا يأخذ حكم الفرع (راجع المواد ٣٧١ و ٣٧٢ مدنى و٣٣٨ موجبات).

المبحث الثاني
إستحالة التنفيذ

٥٣٩- إنقضاء الإلتزام بالإستحالة:

إذا أصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً على المدين لسبب أجنبى، فإن هذا الإلتزام ينقضى (م ٣٧٣ مدين و ٣٤١ و ٣٤٢ موجبات). غير أنه يشترط لإنقضاء الإلتزام فى هذه الحالة ما يأتى:

أولاً- أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً على المدين إستحالة تامة،

لأنه إذا أصبح مرهقا له فقط، فلا يكون من شأن هذا الإرهاق أن يؤدى إلى انقضائه، وإن أدى إلى رده إلى الحد المعقول وفقا لنظرية الظروف الطارئة.

ثانيا- أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبى لايد للمدين فيه كالقوة القاهرة أو خطأ الغير. أما إذا لم يثبت المدين أن الإستحالة راجعة إلى سبب أجنبى، فإن الالتزام لا ينقضى وإن أصبح تنفيذه عيناً مستحيلاً، ويتعين فى هذه الحالة الإلتجاء إلى التنفيذ بمقابل، أى التنفيذ بطريق التعويض.

٥٤٠- الآثار التي تترتب علي إستحالة التنفيذ:

يترتب على إستحالة تنفيذ الإلتزام لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه، إنقضاء الإلتزام وما يتبعه من تأمينات عينية أو شخصية، وبراءة ذمة المدين براءة تامة، بمعنى أنه لا يجوز الرجوع عليه بالتعويض، لأن الفرض أن الإستحالة ليست راجعة إلى خطئه.

والذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة فى العقود الملزمة للجانبين هو المدين، فإذا إستحال على البائع تسليم المبيع – وهو مدين بذلك – إنقضى هذا الإلتزام وانقضى بالتالى التزام المشترى بدفع الثمن. أما فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة فتكون تبعة الإستحالة على الدائن أى المودع، كل هذا مالم يتفق على غير ذلك.

المبحث الثالث

التقادم المسقط

٥٤١- التعريف بالتقادم المسقط:

التقادم المسقط (prescription extinctive)) دفع موجه إلى دعوى

الدائن، يؤدى إلى سقوط حق المطالبة بالدين اذا تمسك به من له مصلحة فيه.

وترجع علة تقرير التقادم المسقط إلى إعتبارات تتعلق بالنظام العام والأمن المدنى فى الجماعة. فمن مصلحة الجماعة تصفية المراكز القديمة ومنع إثارة المنازعات فى شأن عقود أو وقائع قدم عليها العهد بحيث يغلب فقد السندات الخاصة بها أو إستحالة تذكرها، مما يتعذر معه على القضاء تبين وجه الحق فيها.

ويضاف إلى هذا الإعتبار الذى تسنده مصلحة الجماعة، إعتبار آخر تسنده مصلحة المدين ويبرره اهمال الدائن: ذلك أن فى السكوت عن المطالبة بالحق قرينة على الوفاء، مما يرفع الحرج عن المدين فلا يضطر إلى الإحتفاظ بالمخاصة بالدين إلى ما لا نهاية، بل يكفيه إحتفاظه بها طوال المدة التى قررها المشرع لسقوط حق المطالبة.

على أن قرينة الوفاء المستمدة من سكوت الدائن عن المطالبة بحقه مدة معينة، ليست هى الوجه الوحيد من أوجه رعاية المدين على حساب الدائن المهمل، بل هناك وجه آخر يتمثل فى منع تراكم الديون على المدين مما قد يؤدى إلى تكليفه بما يجاوز طاقته (راجع المواد ٣٧٤ – ٣٨٨ مدنى و ٣٤٤ – ٣٦١ موجبات).

٥٤٢- مدد التقادم:

الأصل فى الإلتزام أن ينقضى بالتقادم الطويل أو التقادم العادى كما يسمى أيضا، ومدة هذا التقادم خمس عشرة سنة ميلادية فى القانون المصرى، وعشر سنوات ميلادية فى القانون اللبنانى.

والتقادم الطويل هو الأصل كما ذكرنا، بمعنى أنه فى جميع الحالات التى لم ينص فيها المشرع على مدة أقصر يتقادم الالتزام بمضى المدة الطويلة، كما يتقادم بها الإلتزام كذلك إذا تخلف شرط من شروط التقادم القصير.

٥٤٣- التقادم القصير:

إذا كان الأصل هو تقادم الالتزام بمضى المدة الطويلة، إلا أن هناك حالات ينص فيها المشرع على تقادم الإلتزام بمدة أقصر من ذلك، وسنشير هنا إلى بعضها فقط.

٥٤٤- التقادم الخمسي:

يسرى التقادم الخمسى على ثلاثة أنواع من الحقوق: هى الحقوق الدورية المتجددة، وحقوق أصحاب المهن الحرة، والحقوق الناشئة من الأوراق التجارية.

ويقصد بالدورية فى النوع الأول أن الحق يستحق فى ميعاد دورى معين، كأن يستحق كل أسبوع أو كل شهر أو كل سنة أو كل وحدة زمنية أخرى اتفق عليها بشرط ألا تزيد على سنة فى القانون اللبنانى. ويقصد بالتجدد أن الحق يستحق فى موعده الدورى إلى ما لا نهاية، ما دام مصدره قائما.

ومثال الحقوق الدورية المتجددة أجرة المبانى والأراضى الزراعية، والفوائد، والإيرادات المرتبة، والمهايا والأجور والمعاشات، وريع الأسهم. هذا ويلاحظ أن أقساط الدين ولو أنها دورية إلا أنها ليست متجددة.

أما حقوق بعض أصحاب المهن الحرة وقد ورد ذكرهم على سبيل الحصر، فيجب أن تكون واجبة لهؤلاء الأشخاص جزاء ما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم، وهؤلاء هم: الأطباء والصيادلة والمحامون والمهندسون والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمون.

أما الحقوق الناشئة من الأوراق التجارية فالمقصود بها الكمبيالات وهى تعتبر دائماً أعمالا تجارية، ولو كانت تمثل دينا مدنيا، والسندات تحت الإذن أو لحاملها اذا كانت محررة من تاجر أو بسبب أعمال تجارية(١).

٥٤٥- التقادم بسنتين والتقادم الحولي:

بعض أنواع الحقوق تتقادم بسنتين فى القانون اللبنانى وبسنة واحدة فى القانون المصرى، من ذلك حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى مثل هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم من أجر الإقامة وثمن الطعام، وحقوق العمال والخدم والأجراء، وأساس هذا التقادم هو قرينة الوفاء، ويجب أن تعزز بيمين الإستيثاق التى يوجهها القاضى إلى المدين فى القانون المصرى (٣٧٨ مدنى).

٥٤٦- كيفية إحتساب المدة:

تحسب مدة التقادم بالتقويم الميلادى، وهى تحسب بالأيام لا بالساعات، ولا يدخل فى حسابها اليوم الأول وهو يوم إستحقاق الدين، وتنتهى المدة بإنقضاء اليوم الأخير منها، ويدخل فى الحساب أيام الأعياد والمواسم ولو وقعت فى نهاية المدة.

٥٤٧- وقف التقادم:

يوقف التقادم أى يتعطل سريانه إذا وجد مانع يتعذر معه على الدائن

---

(١) تتقادم بثلاث سنوات الدعاوى الصرفية على المسحوب عليه القابل للسند فى القانون اللبنانى (م٣٩٨ تجارى).

المطالبة بحقه، على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا المانع، ولا يدخل بطبيعة الحال فى حساب المدة الفترة التى وقف التقادم فى أثنائها.

وقد يوقف التقادم لسبب مادى كحرب أو ثورة يترتب عليها إنقطاع المواصلات وإستحالة إتخاذ الإجراءات القضائية للمطالبة بالحق، أو لسبب قانونى كالعلاقة بين الأصيل والنائب كالعلاقة بين المحجور عليه والقيم. ما بقى هذا الأخير قائما على الادارة، وكالعلاقة بين الموكل والوكيل، أو لسبب أدبى كعلاقة الزوج بزوجته أثناء قيام الزوجية، وعلاقة الأب أو الأم بأولادهما، وعلاقة السيد بخادمه.

هذا وينفرد التقادم الطويل علاوة على ما تقدم بسبب خاص من أسباب الوقف فى القانون المصرى هو أن يكون الدائن ناقص أو عديم الأهلية أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جناية، وليس له نائب يمثله قانونا. أما فى القانون اللبنانى فيوقف التقادم أياً كانت مدته، ولهذا السبب من أسباب الوقف.

٥٤٨- إنقطاع التقادم:

ينقطع التقادم بأسباب معينة أهمها المطالبة القضائية بالحق أى رفع الدعوى به، أو أى إجراء مماثل كتقدم الدائن بطلب لقبول حقه فى تفليسه أو طلب شهر افلاس المدين. وكذلك بالتنبيه بالوفاء وهو تكليف المدين على يد محضر بأداء ما هو مطلوب منه، وإنذاره بإجراء التنفيذ الجبرى إذا لم يقم بأدائه، أو بقيام الدائن بالحجز على أموال المدين. أخيراً وليس آخراً ينقطع التقادم بإقرار المدين.

٥٤٩- أثر إنقطاع التقادم:

يؤدى الإنقطاع إلى محو ما إنقضى من مدة التقادم قبل قيام سببه، على أن يبدأ تقادم جديد يسرى من وقت إنتهاء الأثر المترتب على قيام سبب الانقطاع. فإذا أقر المدين بالدين مثلا إنقطع التقادم وزالت المدة السابقة على الاقرار، وبدأ تقادم جديد.

والأصل أن مدة التقادم الجديد هى مدة التقادم الأول، إلا أنه فى بعض الحالات يتحول التقادم، أى تتغير مدته، فمثلاً إذا انقطع التقادم بإقرار المدين، وكان الحق يتقادم بسنة واحدة، فإن مدة التقادم الجديد تكون خمسة عشرة سنة، لأنه بالاقرار تنهدم قرينة الوفاء التى كان يقوم عليها هذا التقادم الحولى.

٥٥٠- التفرقة بين التقادم ومواعيد السقوط:

من المواعيد التى نص عليها المشرع ما لا تنصرف إليها أحكام التقادم السابق **الإشارة اليها**، فلا تقبل مثلاً الوقف أو الإنقطاع، ويطلق عليها إسم **مواعيد السقوط**، ومن الأمثلة عليها ميعاد السنة الواجب رفع دعوى الإستغلال فيها وإلا كانت غير مقبولة (م١٢٩/٢مدنى)، وميعاد الثلاث سنوات المحدد لجواز إسترداد المنقول الضائع أو المسروق (م٩٧٧/١ مدنى)، وميعاد الشهر الواجب على المشترى إخطار البائع فيه بظهور خلل فى المبيع. إذا كان قد ضمن صلاحيته للعمل (م٤٤٥مدنى).

تم بفضل الله وعونه

الفهرست

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة